جامعة الجزائر
معهد الحقوق والعلوم الإدارية

قرارات التحكيم التجاري الدولي
في التشريع الجزائري

رسالة لنيل شهادة الماجستير
فرع قانون الأعمال

من إعداد :
منسول عبد السلام

تحت إشراف:
الدكتور: الطيب زروتي

لجنة مناقشة الرسالة:
الأستاذ........................ رئيسا
الأستاذ.......................... مشرفا
الأستاذ........................... عضوا
الأستاذ........................... عضوا

السنة الجامعية: 2000 – 2001

" إني رأيت أنه لا يكتب أحد كتابا في يومه إلا قال في غده :

لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد هذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر ".

العمـــــاد الأصفهانـــي

بســـم الله الرحمـــــان الرحيـــم

إلـــى رواد العلـــم مـــن طـــلاب الجامعـــات

وباحثـــي الدراســـات العليـــا

وكل ما أتمناه وأن تخطو خطواتي هذه آملين في أن تكون قد خدمنـــا مصلحـــة شعبنا وسرنا في تحقيق أهداف الثورة المقدسة لثورة المليون ونصف المليون شهيد لثـــورة أول نوفمبر الخالدة.

هـــ.ب : 1968/02/05

جدول المصطلحات الواردة في الرسالة

ج ر : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ص : الصفحة

م س : مرجع سابق ، مقال سابق

Art	Article.
B.I.R.D	Banque International pour la reconstruction et de développement.
BULL.CIV	Bulletin trimestrielle de droit civil.
CCI	Chambre de commerce Internationale.
CIRDI	Contre International pour le règlement des différents relatifs aux investissement.
CLUNET	Journal du droit International.
C.N.U.C.E.D	Conférence des nations-Unis sur le commerce et le développement.
C.N.U.D.C.I	Commission des nations-Unis pour le droit commercial International.
D.I.P	Droit International prive.
J.C.P	Juris – classeur périodique.
J.CL. Dr.Int	Juris-classeur de droit International.
OPU	Office des publications Universitaires Alger.
REV	Revue.
Rev. Alg	Revue Algérienne des sciences juridiques Economique et politique.
Rev. Arb	Revue de l'Arbitrage.
Rev. Crit	Revue critique de droit International privé.

المقدمـــــة

لقد شهدت العلاقات التجارية الدولية تطورا هائلا ، حيث أصبح التحكيم في الوقت الحاضر أهم وسيلة يرغب المتعاملون – طبيعيون أو معنويون – في التجارة الدولية اللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملهم. فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية ، من شرط يصار بموجبه إلى اتباع التحكيم عند حدوث نزاع أو خلاف يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد المذكور ، ذلك أن العقود الدولية تختلف عن العقود الخاصة بالتعامل الداخلي ، حيث أن هذه الأخيرة تحكمها قواعد القانون الداخلي ، أما العقود الدولية تكون في الغالب بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة ، كما أنه لم تعد القوانين الداخلية لكل دولة تكفي لتنظيم تلك العلاقات ذات العناصر الأجنبية لأن القاضي يطبق عليها في العادة قانونه الذي قد لا يكون هو الأفضل أو الأنسب لتنظيمها. كذلك لم يعد مناسبا إخضاع المنازعات الناشئة عن هذه العلاقات للقضاء الوطني لكل دولة ، نظرا لعدم ثقة المتعاملون في توافر ضمانات التقاضي الحقيقية أمام هذا القضاء في مختلف الدول ، بالإضافة إلى ما يعيب قضاة المحاكم من قلة خبرة بتلك المنازعات المعقدة ، بجانب تقيد هؤلاء القضاة بإجراءات وقيود لا تتناسب مع طبيعة التجارة الدولية ، وما تحتاجه من سرعة في حسم هذه المنازعات.

يضاف إلى ذلك أن التحكيم يستند في الأساس إلى إرادة الطرفين ، فهما يختاران الأشخاص الذين يتولون مهمة التحكيم من بين المعروفين لديهم ، وممن يتصفون بمعرفة نوعية التعامل التجاري الذي حدث النزاع بسببه ، ومن المعروفين بحيادهم واستقلالهم ، وللطرفين أيضا حرية إختيار مكان التحكيم ، والقواعد الواجبة للتسوية نزاعاتهم ، كل هذه الأمور تجعل أطراف النزاع على ثقة من أن نزاعها سوف تتم تسويته بشكل عادل وقانوني.

فالتحكيم نظرا لما يتمتع به من مزايا تجعله محط أنظار أطراف العلاقات التجارة الدولية ، ولعل أهمها ما يتميز به التحكيم من سرعة والتخصص الفني وأنه يجري في سرية تتفق وحاجة المعاملات التجارية إذا هو أداة سليمة لا تقوم على حل للنزاع يفرض من أعلى بقوة السلطة العامة ، وإنما على امتثال الأفراد لرأي الغير الذي يحوز ثقتهم ، ومع انتشار التحكيم في مجال التجارة الدولية ، وأصبحت أهميته تفوق كثيرا أهمية التحكيم الداخلي أو الوطني نظرا لتعاظم قيمة منازعات التجارة الدولية ، وأهميتها ، أنشأت لجان ومراكز دولية عديدة للقيام بالتحكيم الدولي.

لذا سعت مختلف الدول ، ومنها الجزائر إلى إقرار تشريع ينظم هذه الوسيلة لحسم المناعات المنبثقة عن علاقات الأشخاص على مستوى التجارة الدولية ، لا سيما وانه التحولات الإقتصادية في الجزائر ، واتجاهها نحو اقتصاد السوق جعلها تغير الكثير من المواقف التي كانت تتمسك بها.

حيث صادقت وأبرمت العديد من الإتفاقيات الهامة ، والتي تتبنى فيها التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الدولية ، وتنفيذ قراراته على الخصوص ، وأهمها إتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، الخاصة باعتماد وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية ، وتركيزنا عليها ، يرجع لكونها تشكل الدعامة الأساسية والتي تبنتها معظم الدول في إرساء قواعد التحكيم التجاري الدولي ، لا سيما وأنها جاءت قبل صدور المرسوم التشريعي رقم 09.93 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية ، ممهدة له.

فالتحكيم التجاري الدولي وإن كان يجد أساسه في اتفاق التحكيم الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بإخضاع نزاعاتهم القائمة أو المستقبلية إليه ، فإن القرار التحكيمي الذي يتوصل إليه المحكم هو الغاية الأساسية التي يرمي إليها الأطراف من اتفاقهم التحكيمي المبرم بينهما. لكونه يفصل في النزاع المطروح وينهيه ، دون حاجة إلى تدخل السلطات القضائية في ذلك.

كما أن هذا القرار التحكيمي يمثل خلاصة وثمرة ما يتوصل إليه المحكمون في إنهاء النزاع المعروض عليهم ، والذي يدور حوله نظام التحكيم بأكمله.

لعل الإهتمام بالقرار التحكيمي وتنفيذه من أولى الموضوعات الجديرة بالدراسة والتحليل ، ذلك أن المحك في نجاح التحكيم والتسليم بأفضليته لحل المنازعات ذات الطابع الدولي هو إصدار القرار التحكيمي ، خارج الدولة ، التي ينفذ فيها القرار التحكيمي.

كما أنه ليس هناك أهم من إمكانية تنفيذ القرار التحكيم خاصة في التحكيم الدولي ، لأن المكان الذي صدر فيه القرار قد يتم إختياره بسبب ملاءمته للأطراف دون أن يكون للطرف الذي صدر ضده القرار أموال أو ممتلكات في الدولة التي تم إختيارها كمكان للتحكيم ، وصدر فيها القرار ، ولهذا فإن الطرف الذي صدر القرار لصالحه يبحث عن الدولة التي يكون لخصمه فيها أموال أو ممتلكات يمكن التنفيذ عليها.

فنجاح التحكيم – أو القضاء – والتسليم بفعاليته يقاس بمضمون وطبيعة القرار التحكيمي ومـدى تنفيذه ، وفي الوقت الذي يظهر بوضوح قيمة وأثر كل ما يتم اتخاذه في عملية التحكيم بداية من اتفـــاق عليه واختيار المحكمين ، ومكان التحكيم وغير ذلك.

وبدون التقليل من أهمية اتفاق التحكيم ، وسلطات المحكم ، فإن قرار المحكم ومســألة تنفيــذه ، تعتبر من أهم موضوعات التحكيم قاطبة ، خاصة في التحكيم الدولي.

لذا نتساءل عن ماهية هذا القرار التحكيمي الذي يشكل الثمرة الحقيقية للتحكيم ؟ ، كما أن هذا القرار لن يكون له من قيمة قانونية أو حتى عملية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ ، فتنفيــذ قرار التحكيم يمثل أساس ومحور نظام التحكيم نفسه ، وتتحدد به مدى فعاليته لفض وتسوية منازعـــات التجارة الدولية ؟

هذه التساؤلات وغيرها هي الإشكالية المطروحة في هذا البحث ، والإجابة عنها بالنسبة للوضـــع في الجزائر لا سيما بعد إقرار نظام التحكيم التجاري الدولي بصفة واضحة في المرسوم التشريعي رقـم 93-09 ، فإلى أي مدى وفق المشرع الجزائري بين اعتبارات المصلحة الوطنية والسيادة وبـين إقـرار نظـام التحكيم التجاري الدولي بشكله المتعارف عليه في القانون المقارن إن تحليل هذه الإشكالية تشكل محـــور دراستنا ، وهي من الإهتمامات الأساسية التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع إلى جانب قلة المتخصصـــين والباحثين في هذا المجال الهام ، رغم أنه موضوع متشعب الجوانب.

ورغم حداثة هذا الموضوع والدراسات السابقة في هذا المجال عامة وقرارات التحكيم التجـــاري بصفة خاصة ناقصة إن لم نقل نادرة ، لا سيما تلك المكتوبة باللغة العربية ، وما تعرفه الجزائر من تطـــور اقتصاد التوجه وتشريعي مهم يجعل معظم الباحثين من واجبهم دراسة هذه الآليات الجديدة والخـــوض في هذا الموضوع.

منهج الدراسة وخطة البحث :

إن طبيعة الموضوع حتمت علينا أن نجمع في بحثه ودراسته بين أكثر من منهج ، التحليلي أساسا لكونه يساعدنا على ضبط مفهوم القرار التحكيمي ، وتحديد قيمته القانونية إستنادا إلى شروطه ، وطبيعته، ومراحل إعداده ، وطريقة البحث التاريخي ، لما لها من مزايا الكشف والتحري عن اعتماد التحكيم في التشريعات السابقة ، ولا سيما أن الجزائر اعتمدت على العديد من الإتفاقيات الثنائية في مجال تسوية منازعات التجارة الدولية ، وإن كانت أساسا تستبعد التحكيم وتفضل المصالحة والتوفيق.

كما يمكن الإستعانة بخبرة القانون المقارن في هذا المجال ، لا سيما وأن الموضوع له صلة وثيقة بمعاملات التجارة الدولية ، ولقي باهتمام معظم التشريعات الأجنبية ، وحاولنا أن تكون هذه الدراسة مستندة إلى الواقع النظري والعملي و لم نهمل الإشارة إلى الأحكام التي وردت في هذا الموضوع.

وإذا كان قرار التحكيم هو الحكم الذي يتخذه المحكم لإنهاء موضوع المنازعة المطروح عليه ، فهو أيضا خلاصة التحكيم حيث يفصل المحكم بصورة نهائية وملزمة في هذا الموضوع ، وتترتب عليه أثار الحكم القضائي من الحجية واستنفاذ الولاية وقوة الإثبات ، لتبدأ سلطة الدولة في عملية التحكيم من خلال تدخلها لإضفاء القوة التنفيذية على قرار المحكم ، والتحكيم لن يكون فعالا بدون نظام يدعم تنفيذ القرار ، لذا فمن الضروري تدخل الدولة لضمان تنفيذ القرار التحكيمي ، لا سيما في حالة عدم تنفيذه طواعية من طرف الأطراف.

وسوف نقصر بحثنا على هذه القرارات التحكيمية ، وتنفيذها ونقوم بتقسيم هذا البحث إلى بابين.

يخص الباب الأول : ماهية القرارات التحكيمية من حيث دراسة مفهومها وطبيعتها ، ومضمونها.

أما الباب الثاني : فيكون لحالات وشروط منح الأمر لتنفيذ قرارات التحكيم والطعن فيه ، وذلك على ضوء اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي صادقت عليها الجزائر وقانون الإجراءات المدنية الجزائري الذي تضمن أحكام التحكيم التجاري الدولي.

الباب الأول : ماهية قرار التحكيم التجاري الدولي

التحديد والتقسيم :

قبل التطرق إلى مفهوم القرارات التحكيمية التجارية الدولية ، ومعرفة مضمونها ، والإشكالات المطروحة بشأنها في مجال المعاملات التجارية الدولية ، والبحث عن الشروط والشكليات الواجب توافرها وصولا إلى قرار تحكيمي تجاري دولي ، بما يرتبه قانونا من أثار ، لا بد من تسليط الضوء على فكرة "اتفاق التحكيم" لأنه أساس وجود القرار التحكيمي ، والذي أجاز القانون بموجبه اللجوء إلى التحكيم الدولي.

وعليه يقتضي التطرق إلى تعريفه ونظامه القانوني ، وبعد ذلك نتطرق إلى "الغاية الحقيقية للتحكيم والمتمثلة في الحكم أو القرار الذي يصل إليه المحكمون من حيث تحديد مفهومه وشروطه ، وطبيعته القانونية"(1).

أما بعدها نتطرق إلى مضمون قرار التحكيم من خلال تحديد الواجب تطبيقه على موضوع النزاع الذي يعد جوهر القرار التحكيمي الفاصل في منازعات التجارة الدولية بوسيلة التحكيم التجاري الدولي ، مبرزا موقف التشريع الجزائري الذي تبنى التحكيم من خلال الإتفاقيات الدولية والتشريع الداخلي ولهذا سأتناول هذا الباب في فصلين :

- ✓ **الفصل الأول** : نشأة القرار التحكيمي التجاري الدولي.
- ✓ **الفصل الثاني** : مضمون القرار التحكيمي.

1 – محرز الجمال "التحكيم التجاري" مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثاني سنة 1965 ص 95 و 96.

فصل الأول : نشأة القرار التحكيمي التجاري الدولي

إن عقود التجارة الدولية ، قد يترتب عليها العديد من منازعات بين الأطراف ناتجة عن معاملتهم في مجال التجارة الدولية ، واختيار التحكيم كوسيلة لفض نزاعاتهم ، لا يكون إلا باتفاق التحكيم ، الذي بموجبه يختار الأطراف الهيئة التي يوكل لها مهمة التحكيم ، ومكان التحكيم ، والقواعد الواجبة التطبيق لحل النزاع الخاص بالمعاملة التجارية ذات الطبيعة الدولية التي تربطهم والذي من شأنه جعل أطراف النزاع على ثقة بأن تسوية نزاعاتهم ستكون وفق إرادتهم ، وجعل من الأحكام والقرارات التي تصدرها هيئة التحكيم وقبول الأطراف بها موضع تنفيذ.

وعليه سوف نتطرق لموضوع نشأة القرار التحكيمي الدولي في مبحثين :

(المبحث الأول) نقوم بتحديد مفهوم اتفاق التحكيم الذي يعد أساس اللجوء إلى التحكيم ، ومصادر القرارات التحكيمية أما (المبحث الثاني) نتعرض إلى تحديد مفهوم القرار التحكيمي وتحديد طبيعتها القانونية وكيفية إصداره.

المبحث الأول : مفهوم اتفاق التحكيم

إزداد الإهتمام بالتحكيم التجاري الدولي بازدياد التبادل التجاري ، وتوسيع العلاقات الإقتصادية والمعاملات التجارية ، مما زاد في أهمية التحكيم عن طريق اعتناء الأطراف وبالاتفاق الخاص بالتحكيم الذي بمقتضاه يلتزم الأطراف بإخضاع نزاعاتهم للتحكيم.

الإتفاق الذي يستند في الأساس إلى إرادة الأطراف وينجرّ عنه لجوء الأطراف إلى إتباع التحكيم كوسيلة لفض نزاعاتهم القائمة أو المستقبلية ، أمام هيئة تحكيمية تعمل على إصدار قرارات تحكيمية للفصل في النزاع ، يقتضي من الأفراد تنفيذها.

وقد تعددت الآراء الفقهية في تحديد مفهوم إتفاق التحكيم وحتى التشريعات ، كما اختلف أيضا في تحديد طبيعته ، وقبل التطرق إلى هذه المفاهيم لا بد من الاحاطة بتعريف إتفاق التحكيم وتحديد طبيعته القانونية.

المطلب الأول : تعريف إتفاق التحكيم

عرف الفقيه – جولدمان – Goldman – إتفاق التحكيم الدولي بأنه هو "الإتفاق الذي يلـــتزم بموجبه الأطراف أن يخضعوا لتحكيم النـــزاعات التي يمكن أن تنشأ بينـــهم والـــتي تتعلـــق بـــالعقد أو النـــزاعات التي نشأت ، والمتعلقة في كلتا الحالتين بالتجارة الدولية"(1).

وقد ورد تعريف آخر لإتفاق التحكيم في القانون النموذجي الذي وضعته لجنة القانون التجـــاري الدولي « UNICIRAL » في الفقرة الأولى من المادة السابعة منه ، وتحت عنوان تعريف اتفاق التحكيـــم وشكله على أنه : "إتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة ، الـــتي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية.

يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيمي وارد في العقـــــد أو في صـــورة اتفـــاق منفصل"(2).

وكلا التعريفيين يجمع صورتين لإتفاق التحكيم ، الذي بمقتضاه يتنازل الأطراف عن اللجـــوء إلى القضاء العادي بإلتزامهم بطرح نزاعاتهم على محكم -arbitre- أو أكثر أو هيئة تحكيمية متخصصة ليفصل فيها بقرار ملزم للأطراف.

وعليه يمكن أن يكون هذا الإتفاق واردا في اتفاق خاص ، أو يذكر في صلب العقد الأصلي المـبرم بين الأطراف قبـــل نشـــوب النـــــزاع ، ويســـمى في الحالـــة الأولى : شـــرط التحكيـــم Clause compromissoire ، أو يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل ويلجأ الأطراف إلى إبرام إتفاق تحكيمـــي ويسمى في هذه الحالة الثانية : بمشارطة التحكيم Compromis d'arbitrage.

وفي كلا الحالتين يقتضي من الأطراف أن يظمنوا إتفاقهم من المسائل ما يرونها ضروريـــة لحـــل نزاعهم.

وهذا ما سوف نتطرق إليه في فرعين ، يخصص (الفرع الأول) لدارسة نوعي إتفاق التحكيـــم ، و(الفرع الثاني) يخصص لدراسة محتوى اتفاق التحكيم.

1- Berchold Goldman : Arbitrage Commercial International (J.D Fasc 586.1 droit international 1986)

2 - المادة مأخوذة من : فوزي محمد سامي "التحكيم التجاري الدولي" مكتبة دار الثقافة الطبعة الثالثة لسنة 1995 ص 112.

الفــرع الأول : أنــواع اتفاق التحكيم

لقد ورد من التعاريف السابقة أن لإتفاق التحكيم نوعين وهي كالتالي :

1 – شرط التحكيم :

يعرف شرط التحكيم بأنه "توافق إرادتي أطراف العقد الدولي ، على إخضاع المنازعات التي قــد تثور في المستقبل أو نشأت بسبب العقد للتحكيم"(1) معنى هذا أن الإتفاق الــذي بموجبــه يلجــأ إلى التحكيم يكون قبل وقوع النــزاع المحتمل ، والمنصوص عليه في العقد ، الذي يتضمن تعــهد الأطــراف بعرض تلك النــزاعات على التحكيم.

هذا وإن كان شرط التحكيم يتصل بالعقد الأصلي وهو غالبا مكتوبا ، فهو يخضع مــن حيــث شروطه وآثاره لقواعد مختلفة عن تلك المتعلقة بالعقد الأصلي الوارد فيه ، وبمعنى آخر أن شرط التحكيــم لا يتأثر بالعقد الأصــلي لا من حيث صحته أو التمسك ببطلانه ولا من حيث القانون الواجب التطبيــق عليه(2).

2 – مشارطة التحكيم :

وهي أيضا إتفاق مكتوب بين الطرفين بعد نشوب النـــزاع ، يخضعون به هذا الأخــير لقضــاء التحكيم(3) ، وهذا النوع من الإتفاق يكون بعد نشوب النــزاع ، وبموجب مشارطة التحكيم يخــرج النــزاع من دائرة اختصاص المحاكم العادية إلى اختصاص الهيئة التحكيمية ، غير أنه لا بــد أن، يكــون النــزاع المعروض مما يجوز التحكيم فيه ، وفقا لنص المادة الأولى من المرسوم التشــريعي رقــم 93-09 المؤرخ في 25 أفريل لسنة 1993 ، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ 8 يونيو 1966 المتضمــن قانون الإجراءات المدنية(4).

والسائد في مجال التحكيم التجاري الدولي ، هو عدم التفرقة بين نوعي إتفاق التحكيم ، كما نــص على ذلك المشرع الجزائري ، حيث تقضي المادة 458 مكرر 1 معدلة بالمرسوم التشريعي رقم 93-09: "

---

1 – أحمد عبد الكريم سلامة "نظرية العقد الدولي الطليق " دار النهضة العربية لسنة 1989 ص 215.

2 – منير عبد الجميد "التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي" منشأة المعارف سنة 1997 ، ص 117 وأيضا نور الدين بن شيخ شرط التحكيم في العقود الدولية : رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر سنة 1986 ، ص 4 وما بعدها.

3 – نورالدين بكلي "اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري" رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر لسنة 1994 ص 15.

4 – تنص المادة (1) السالفة الذكر منها على ما يلي : لا يجوز التحكيم في الإلتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبــس في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ...".

أن اتفاق التحكيم يفصل في النـــزاع الذي يثور في المستقبل ، أو تكون قائمة فعلا" ، وكذلك أخـــذت بنفس الحكم اتفاقية نيويورك لسنة 1958 (1) ، الخاصّة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذهـــا ، حيث نصت المادة الثانية الفقرة الأولى منها على أنه : "تعتمد كل دولة من الـــدول المتعـــاقدة الإتفاقيـــة المكتوبة التي يلتزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات أو بعض الخلافات التي قامت أو يمكن أن تقوم بينهما بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية تتضمن قضية من شـــأنها أن تسوي عن طريق التحكيم".

ولتسهيل ظروف التجارة الدولية ، وتحررها من القيود لم تحدد إتفاقية نيويـــورك لســـنة 1958 كغيرها من العديد التشريعات الداخلية ، شكلا كتابيا معينا لإتفاق التحكيم وإن كانت هذه التفرقة بـــين نوعي اتفاق التحكيم ، تبدو ضرورية في مجال العقود الدولية(2).

الفـــــرع الثانـــــي : محتوى اتفاق التحكيم

إشترطت المادة 444 ق.إ.م.ج .تحت طائلة البطلان ، أن يتضمن اتفاق التحكيـــم ، موضـــوع النـــزاع والمحكمين أو الجهة التحكيمية ، مما يفيد أن اتفاق التحكيم الذي بموجبه تلجـــأ الأطـــراف إلى التحكيم في النـــزاعات المثارة أو التي يمكن أن تثور ، يقتضي فيه تحديد موضـــوع النـــزاع و الهيئـــة التحكيمية المتخصصة للفصل فيه.

1 – تعين موضوع النـــزاع :

إن تعيين موضوع النـــزاع له أهمية قصوى حيث يسمح بموجبه معرفة ما إذا كـــانت المســـائل المتنازع فيها ، والتي أوكل الاختصاص فيها إلى المحكم أو الهيئة التحكيمية يجوز اللجوء بشأنها إلى التحكيم هذا من جهة ، كما أن تمييزها عن غيرها من النـــزاعات التي تدخل في اختصاص المحاكم العادية يصبـــح أمرا سهلا من جهة أخرى.

لذا حرص المشرع الجزائـــري على ضرورة كتابة اتفاق التحكيم (المادة 458 فقـــرة الأولى مـــن ق.إ.م.ج) إضافة إلى ذلك فإن ما يصدره المحكم أو الهيئة التحكيمية من قرارات تحكيمية تكون بصـــدد

1 – لقد صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية بموجب المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988.
2 – أحمد عبد الكريم سلامة "نظرية العقد الدولي الطليق" دار النهضة العربية لسنة 1989 ص 214.

منازعات لم يتفق على اختصاص التحكيم فيها يمكن للأطراف رفض تنفيذها والطعن فيها أمام الهيئات القضائية في دولة التنفيذ.

2 – تعين الجهة التحكيمية :

إن التنوع في الأنظمة التحكيمية تترك للأطراف الحرية, في الاتفاق الهيئة التحكيمية التي يوكل لها حق الاختصاص للفصل في نزاعاتهم ، فإذا كان اختيار للمحكم بعيدا عن أيّ تنظيم مؤسساتي, فنكون أمام تحكيم حر ، أما إذا تم اختيار الهيئة التحكيمية التنظيمية , فنكون بصدد تحكيم مؤسساتي.

أ – التحكيم الحر أو الخاص – (AD – HOC)

في هذه الحالة يكون تعين الحكم أو الهيئة التحكيمية منظما بموجب شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم الذي يمكن بموجبه تحديد طريقة تعين المحكمين ، أو بالرجوع إلى تنظيمات منظمة بنصوص أخرى(1) وعليه فإن اختيار محكم أو عدة محكمين يستمد أساسه من إرادة الأطراف في الإتفاق على المحكم الذي يحضى بقبول تحكيمه ، إلا أنه في أغلب الأحيان يتولى كل طرف في النزاع اختيار أو تعين محكم واحد ، ومن ثم يتولى المحكمان تعيين محكم ثالث ، يسمى بالمحكم المرجع أو الرئيس.

هذا النوع من التحكيم لا يختار الأطراف هيئة تحكيمية دائمة ذات طابع مهني وطني أو دولي ، وإنما يتولون بأنفسهم اختيار محكمين معنيين بمهمة فض منازعة معينة قائمة فعلا أو محتملة مستقبلا(2).

ب – التحكيم المؤسساتي أو النظامي – (INSTITUTIONNEL) :

في هذا النظام ينحصر دور إرادة الأطراف في اختيار الجهة المحتكم إليها ومقر إجراء التحكيم ، لتتولى تلك المؤسسة التحكيمية الإشراف على التحكيم من حيث مراقبة إجراءاته فتقوم بتعيين المحكمين طبقا للوائحها المعتمدة للتحكيم ، وقد وجد هذا النوع من التحكيم بجانب التحكيم الحر للتسهيل على الأطراف إمكانية اللجوء إلى التحكيم ، وغالبا ما تعد تلك المؤسسة قائمة تشمل على أسماء أشخاص مختصين لهم خبرة ومعرفة بالمعاملات ، والقوانين التجارية ، وللأطراف المتنازعة أن تختار من تشاء من بين تلك الأسماء أو تترك للمؤسسة حرية اختيار المحكمين طبقا لقوانينها الداخلية.

---

1 - Dans ce cas, la désignation des arbitres est organisée par la clause compromissoire, ou le compromis qui peuvent soit régler totalement le mécanisme de désignation soit renvoyer à des dispositions édictées par d'autres textes. (yves Gugon – l'Arbitrage – Edition Economica, 1995, P. 40).

2 – الطيب زروتي "النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن" أطروحة دكتوراه جامعة الجزائر 1991 ص 372.

وتجدر الإشارة إلى أنه من الناحية العملية هناك انتشار واسع للعديد من الهيئـــات والمؤسســات التحكيمية المهتمة بمجال التحكيم في المسائل التجارية الدولية منها الوطنية والإقليمية والدوليـــة وحــتى المهنية.

3 – تعيين أسماء المحكمين و أوصافهم :

إذا كان المشرع الجزائري قد نص في المادة 444 من ق.إ.م.ج، على ضرورة تعيين أسماء المحكمين في اتفاق التحكيم, والذين يفصلون في النـــزاع المطروح بموجب قرارات تحكيمية, فإن الفقه والاجتـــهاد القضائي" La doctrine et la jurisprudence " لم يعتبرا ذلك ضرورة على اتباع حرفية النـــص (1) إذ يمكن تعديل المحكم حسب صفته, أو نوعيته مما لا يستدعي الحال فيه الخروج عـــن إرادة الأطـــراف ففي شرط التحكيم مثلا ، فإن تعيين أسماء المحكمين, لا يجد ما يبرره على نزاعات احتمالية سابقة علـــى حدوثها كما أن الواقع العملي, لا يتلاءم وضرورة التعيين المسبق للمحكمين, لا سيما إذا كـــان هنـــاك عارض يحول دون ممارسة المحكم المدرج اسمه في الاتفاق للتحكيم مستقبلا.

4 – مـــدة التحكيـــم :

إن اتفاق التحكيم يكون صحيحا ، حتى و إن لم تحدد الأطراف في العقد صراحة ميعادا محــــددا لصدور القرار فيه ، وفي هذه الحالة يلجأ الـــمحكمون إلى اتباع المواعيد والأوضاع المقررة, وفقا لتنظيم الهيئة المحتكم إليها, أو تلك المقررة أمام المحاكم، على أن لا يكون ذلك مخالفا لاتفاق الأطراف ، فإذا كان جوهر التحكيم هو إرادة الأطراف فعلي الهيئة التحكيمية احترامها. وإن كـــان الأصـــل في اللجـــوء إلى التحكيم يقتضي سرعة الفصل في النـــزاعات المثارة ، فإن انتهاء المدة المحددة في اتفاق التحكيم المبرم بـــين أطراف النـــزاع ، ينهي التحكيم ، ومن ثم تكون جميع القرارات التحكيمية الصادرة عن الهيئة, المحتكـــم إليها محل طعن بالبطلان (المادة 458، مكرر 23 ق.إ.م.ج) ، غير أنه يجوز للأطراف الإتفاق على تمديـــد ميعاد التحكيم, أو اختيار التنظيم المؤسساتي الذي يجيز ذلك ، لا سيما في النـــزاعات التي تتطلب وقتـــا معتبرا ، قصد الإحاطة بالنـــزاع المعروض وإعطاء الهيئة التحكيمية الفرصة الكافية للفصل فيه.

---

1 - Mohamed Mentale Cheta « l'Arbitrage étage commercial en droit Algérien », Edition, opu 1983. P.33.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم

إن أساس التحكيم هو اتفاق الأطراف المتنازعة أو انصراف إرادتهما المتطابقتين للجوء إلى التحكيم للفصل في نزاعاتهم ، هذا الإتفاق سواء أكان واردا ضمن العقد الأصلي أو في شكل مشارطة مستقلة التي تستند إليه الهيئة التحكيمية، لإصدار القرارات التحكيمية المنهية النزاع المطروح,هما مصدر تلك القرارات التحكيمية التي لا تجد قوتها التنفيذية إلا في هذا الإتفاق ، فحجية القرارات التحكيمية فيما قضت به ، وعدم الطعن فيها أساسها توافق إرادة الأطراف كما عبروا عنها باللجوء للتحكيم(1).

فالاتفاق التحكيمي يتخذ صفة تعاقدية حسب ما أكدته محكمة النقض الفرنسية حيث اعتبرت بأن القرارات أو الأحكام التحكيمية الصادرة على أساس مشارطة التحكيم تكون وتشترك معها في صفتها التعاقدية وذلك في حكمها الصادر بـ 27 جويلية 1937 الذي قضت فيه بما يلي :

إن القرارات أو أحكام التحكيم الصادرة على أساس مشارطة التحكيم ، تكون وحدة واحدة مع مشارطة وتسحب عليها في صفتها التعاقدية"(2).

وعلى اعتبار أن مشارطة التحكيم، هي عبارة عند عقد وأن اتفاق التحكيم هو بند تعاقدي في العقد الأصلي ، ويشكلان أساس قرار التحكيم ، لذلك ينبغي دراسة الطبيعة القانونية لهذا الاتفاق في فرعين, يخصص (الفرع الأول) للأركان التي تؤكد صحته،كالرضا، الأهلية، المحل و السبب . ويخصص (الفرع الثاني): تصنيفاته ، وذلك على ضوء ما يتطلبه هذا الإتفاق.

الفرع الأول : أركان اتفاق التحكيم

1 – الكتابة :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 458 من قانون الإجراءات المدنية مكرر(1) الفقرة الثانية ، المضافة بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 على أنه :

"يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي".

1 – كمال ابراهيم "التحكيم التجاري الدولي" الطبعة الأولى لسنة 1991 ص 81.

2 – نورالدين بن شيخ "شرط التحكيم في العقود الإقتصادية الدولية" رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر 1986 ص 25.

وقد أتجه القانون النموذجي لقواعد الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي ، الصادر في 21 يونية 1985 ، إلى توحيد شكل اتفاق التحكيم حيث أوجب الكتابة كشرط لانعقاد اتفاق(1). وهذا ما تطلبته اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 88-233 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ، في المادة الثانية الفقرة الأولى والثانية حيث نصت على ما يلي :

1 - تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة للاتفاقية المكتوبة, التي يلتزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات ، أو بعض الخلافات التي قامت ، أو يمكن أن تقوم بينهما بخصوص قاعدة قانونية معينة تعاقدية, كانت أم غير تعاقدية ، تتضمن قضية من شأنها أن تسوي عن طريق التحكيم.

2 - المراد بالاتفاقية الكتابية هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم ، الموقع من الأطراف والمتضمن في رسائل أو برقيات متبادلة".

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الإتفاقية لم تخل بصحة الإتفاقيات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الإعتراف بقرار أو حكم التحكيم ، وتنفيذه في حالة استبعادها للشرط كتابة اتفاق التحكيم ، كما أن المشرع الجزائري ، و إن أوجب الكتابة في المادة 458 مكرر 1 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 ، فإنه لم يشترط فيها أن تكون في محرر رسمي بل يكفي فيها الشكل العرفي وهذا استجابة لمتطلبات التجارة الدولية التي تستدعي السرعة والثقة ، فقد لا تتمكن الأطراف المتعاقدة من الرجوع في كل مرة أمام جهة رسمية, لإبرام عقودهم الدولية ، لذا اعتبرت الكتابة شرط لإثبات التحكيم(2) ، فإرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم يمكن أن تتضمن حتى في سند عرفي أو برقيات ورسائل ، وما الكتابة إلا دليل على أن إرادة الأطراف, قد اتجهت إلى حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم.

وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري ، وإن رتب البطلان على الإتفاق التحكيم الذي لا يستوفي الكتابة فهو قد أجاز قبول الرسائل والبرقيات المتبادلة بين الأطراف المعلن فيها عن رغبتهم في اللجوء إلى التحكيم ، بمصادقته على اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، التي أصبحت جزء من التشريع الوطني ، التي أجازت ذلك ، وإن كانت الكتابة تعد دليلا على النية الحقيقية للأطراف في اللجوء إلى التحكيم لذا يشترط المشرع الجزائري إرفاقها مع القرار الصادر عن الهيئة التحكيمية قصد طلب اعتراف وتنفيذ هذا القرار (المادة 458 مكرر 18 من ق.إ.م.ج).

---

1 - منير عبد المجيد "التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي" منشأة المعارف 1997 ص 28.

2 - أحمد أبو بالوفاء "التحكيم الاختياري والاجباري" منشأة المعارف، سنة 1983، ص109.

وعلى اعتبار أن هذا الإتفاق الكتابي هو تصرف إرادي فإن للأطراف الحرية في أن يضمنوه من المسائل ما يروها ضرورة وجودها كتحديد النـزاعات التي يختص بها التحكيم أو الهيئة التحكيمية ، أو على الأقل العناصر الجوهرية ، باعتباره أساس اللجوء إلى التحكيم.

2 – الرضا :

"إن كان يقصد به توافق الإرادتين نحو إحداث أمرا قانونيا معينا" ، فإنه يقتضي أن تكون هذه الإرادة حرة وخالية من أي عيب يشوبها ، لأنه من شأنها أن ترتب جملة من الآثار تلقى على عاتق المدلي بها ، لذا فإن رضا الطرفين في العقد مهم ، ويعد ركن أساسي من أركان العقد.

وحسب المادة 59 من القانون المدني الجزائري يتم العقد بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين ، وهذا دون الإخلال بالنصوص القانونية ،غير أن المادة 458 من ق. إ .م مكرر 1 والمعدلة بموجب المرسوم التشريعي رقم 93 –09 أوجبت الكتابة للتعبير عن الإرادة الصريحة على الإتفاق واللجوء إلى التحكيم لحل النـزاعات المثارة أمام هيئة التحكيم. مما يقتضي من الأطراف التعبير عن رضاهم بالتحكيم بالكتابة ، فرضا المتعاقدين هو أهم ركن من أركان العقد(1) ،وهو ما يفسر قبول الأطراف لتنفيذ القرارت التحكيمية طواعية من دون اللجوء إلى التنفيذ الجبري وتدخل السلطات القضائية في دولة التنفيذ.

3 – المحل :

يقصد بمحل اتفاق التحكيم موضوع المنازعات التي يشملها اتفاق التحكيم ، والتي ينص الأطراف على حلها بطريق التحكيم(2) ، هذه المنازعات التي يفصل فيها بقرارات تحكيمية ،والتي يلتزم فيها الأطراف بتنفيذها ، يقتضي منها أن تكون ممكنة وغير مستحيلة أو غير مشروعة. بمعنى آخر إذا كانت هذه المنازعات مما لا يجوز فيها أن تعرض على التحكيم أو كانت غير مشروعة ، أو الإلتزام بعرضها على التحكيم مستحيلا وغير ممكن فإنه يقضي ببطلانها ، وهذا ما أكدته المادة 93 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه : "إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا".

وإذا كان الإلتزام بإخضاع المنازعات التجارية الدولية التي قد تنشأ أو التي نشأت بين الأطراف على التحكيم لا يعد أمرا مستحيلا ، فإنه يقتضي من الأطراف المتعاقدة أن لا تلجأ إلى التحكيم في

1 – سليمان مرقص "الوافي في شرح القانون المدني" مطبعة السلام ، شبرا ، سنة 1987 ، ص 132.

2 – فوزي محمد سامي "التحكيم التجاري الدولي" مكتبة دار الثقافة ، سنة 1995 ، ص 126.

منازعات لا يجيزها القانون ، وهذا ما أكدته المادة 1 من ق.إ.م.ج المعدلة بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 ، حيث تنص على أنه : "يجوز لكلّ شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها" ، على أن لا ترد المنازعات التي يتضمنها إتفاق التحكيم التي تعتبر الإلتزام بعرضها أمام الهيئة التحكيمية غير مشروع ، وغير جائز قانونا ، لذلك يشترط أن يكون محل الإلتزام غير مخالف للنظام العام ، وهذا ما أشارت إليه المادة (96) من القانون المدني الجزائري ، وقد حددت المادة 1 منه ق.إ.م.ج المعدلة بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 ، المجالات التي لا يجوز فيها التحكيم وهي : "الإلتزام بالنفقة ، أو حقوق الإرث والمتعلقة بالمسكن والملبس والمتعلّقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم".

4 – السبب :

يقصد بالسبب الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه ، وبمعنى آخر الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة إلتزامه[1]. وسبب الإلتزام يتميز عن محل الإلتزام ، فالمحل كما سبق بيانه هو الأمر الذي يلتزم له الأطراف من عملهم أو إمتناعهم عن ذلك ، أي الإلتزام بعرض المنازعات التي يشملها إتفاق التحكيم على الهيئة التحكيمية وعدم عرضها على القضاء العادي.

أما سبب الإلتزام في مجال التحكيم التجاري الدولي فهو الغاية أو الغرض الذي يسعى إليه الأطراف المحتكمة من وراء إتفاقهم التحكيمي ، أي الغرض والهدف الذي ترمي إليه الأطراف المتعاقدة من إتفاق التحكيم ، وعادة ما يكون السبب في اتفاق التحكيم يقوم على سرعة الفصل في النزاع أمام الهيئة التحكيمية وتبسيط الإجراءات والشكليات أمامها ، هذا بخلاف ما يتميز به القضاء العادي.

إضافة إلى ذلك فإن اللجوء إلى التحكيم يحقق السرية التي تتطلبها المعاملات التجارية وإدارته من قبل أشخاص متخصصة.

أما إذا كان السبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب العامة فإن العقد المنشئ له يعد باطلا ولا أثر له حسب المادة 97 من القانون المدني الجزائري.

1 – محمد صبري السعيد " شرح القانون المدني الجزائري " ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، سنة 1993 ، ص 222.

لذا يستدعي في السبب توافر ما يلي :

1 – أن يكون موجودا : بمعنى أن يكون للإلتزام سبب ، فإذا لم يوجد ، يكون الإلتزام غير قائم ، فإذا لم ينشب نزاع بين الأطراف المتعاقدة ، فلا مجال لتطبيق الغاية من إتفاقهم التحكيمي ، الذي أبرمته الأطراف قبل حدوث النزاع.

2 – أن يكون صحيحا : ويكون كذلك إذا كان السبب موهوما أو صوريا.

3 – أن يكون مشروعا : أي لا يخالف النظام العام والآداب العامة بمعنى آخر الا يمنعه القانون.

وعلى ضوء كل ما تقدم فإن كان اتفاق التحكيم هو أساس القرارات التحكيمية التي يصدرها المحكم ، وهو عقد يقتضي فيه توافر الأركان الأساسية للعقود كالرضا والمحل والسبب ، فإن هذا لا يحول دون محاولة تصنيفه.

الفرع الثاني : تصنيف اتفاق التحكيم

على اعتبار أن اتفاق التحكيم عقد ، وهو مصدر إلتزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم لعرض نزاعاتهم على الهيئة التحكيمية للفصل فيها بقرارات تحكيمية ، فما هي الطبيعة العقدية لهذا الإتفاق ؟

غير أن العقود تختلف بحسب الزاوية التي ينظر منها إليها ، واتفاق التحكيم يساير غيره من العقود وعليه :

أ – من حيث التكوين :

إن اتفاق التحكيم هو عقد شكلي ، وهذا ما تطلبه نص المادة 458 مكرر 1 من ق. إ. م. ج. التي تنص : "من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم إتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي" وعليه فلا يكفي توافق إرادة الأطراف على الإتفاق التحكيمي بل يقتضي أن يكون هذا الأخير مكتوبا ، وإن كانت لا تشترط الكتابة الرسمية ، لذلك فتوافر هذا الشرط ضروري لكونه يعد ركنا من أركانه الهامة.

ب – من حيث الإلتزامات الناشئة :

إن عقد التحكيم هو عقد ملزم للجانبين ، بمعنى أنه يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، وهي حقوق لكل منهما في ذات الوقت ، فكلّ طرف يمتنع عليه الإلتجاء إلى القضاء في صدد النزاع المتفق على طرحه على المحكم ، وكل منهما يلتزم بطرحه على المحكم ويفرض عليه حكم أو قرار

هذا الأخير(1) ، لذا فإن المنازعات التي تشملها إتفاقية التحكيم يستدعي من الأطراف المتعاقدة عـــدم إخضاعها إلى القضاء العادي ، وعوضا عن ذلك عرضها على هيئة التحكيم للفصل فيها بقرارات تحكيمية يعمل الأطراف على الإعتراف بها وتنفيذها.

ج – من حيث تنظيم المشرع له :

إن اتفاق التحكيم طبقا للقانون الجزائري ، يخضع للقواعد القانونية التي أوردها المشرّع الجزائـــري بشأنه ، حيث خصه باسم معين ، وبنصوص تنظم أحكامه ، في قانون الإجراءات المدنيـــة الجزائـــري ، الصادر بموجب الأمر 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 ، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التشريعي رقـم 93-09 ، وعليه يعد اتفاق التحكيم من بين العقود المسماة, حيث أخصه المشرع الجزائري باسم معـين, ونظم أحكام بنصوص خاصة واردة ضمن الأمر المذكور.

و – من حيث التنفيذ :

إذا كان اتفاق التحكيم عقدا بموجبه يلتزم الأطراف بعرض نزاعاتهم على الهيئة التحكيمية ، فتنفيـذ شرط التحكيم يكون أمرا احتماليا ، لإحتمال عدم نشوء نزاع بين الأطراف عند تنفيـــذ العقـــد المـبرم بينهمـــا ، وبالتالي لا مجال لمباشرة هيئة التحكيم لإختصاصها ، وإصدار قرارات تحكيمية.

أما بالنسبة لمشارطة التحكيم فهي لا تتمّ إلا بمناسبة نـــزاع قائم فعلا ، فبمجرد قيام النـــــزاع ويتفق الأطراف على حله عن طريق التحكيم ، يلجأ الأطراف فورا لتنفيذ هذا الإتفاق ، وتباشـــر الهيئـــة التحكيمية اختصاصها بعد إخطارها لتنتهي بإصدار قرارات تحكيمية فاصلة في النـــزاع المنصوص عليــه في اتفاق التحكيم.

وفي جميع الأحوال سواء أكان عقد اتفاق التحكيم ، قد حصل بـــــموجب شـــرط في العقـــد الأصلي أو بـــموجب مشارطة التحكيم ، فإنه يقتضي أن يكون موضوع النـــزاع من الأمور التي يجـــوز فيها التحكيم والتي يقر القانون بإمكانية التحكيم فيها ، لتفصل فيه الهيئة التحكيمية بموجب أحكـــام أو قرارات تحكيمية يعمل الأطراف على احتـــرامها ، وتقر الدول التي تنفذ فيها الإعتراف بتنفيذها وفي حالة عدم تنفيذها الطوعي من أحد الأطراف المتعاقدة.

1 – أحمد ابو الوفاء "التحكيم الإختياري والإجباري" منشأة المعارف الطبعة الرابعة 1983 ، ص 25.

وعليه فإن اتفاق التحكيم الذي يعد أساسا للتحكيم والذي يلتزم الأطراف المتعاقدة باللجوء إليه ، فالأطراف كامل الحرية في صياغته ، وتضمينه من الأمور والمسائل التي يرغبون فيها كمدة إصدار القرار التحكيمي ، والهيئة المختصة بالتحكيم ، ومقر إجراء التحكيم والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والذي يجد القرار التحكيمي فيه مضمونه ، كل هذا لكون الإرادة هي مصدر التحكيم والتي يؤدي تطبيقها إلى العديد من تصنيفات العقود التي يصعب حصرها ، وإن كانت ترمي في جوهرها إلى الإقرار بإمكانية التحكيم وبعد إجازة القانون لحل تلك النزاعات التي أوردتها الإتفاقية التحكيمية.

المبحث الثاني : القرار التحكيمي

بعد ما بينا فيما تقدم أن اتفاق التحكيم هو عقد ، يلتزم بموجبه الأطراف على أن يخضعوا نزاعاتهم المتفق على حلها بالتحكيم سواء الحالية أو المستقبلية والتي تتعلق بعقود التجارة الدولية ، فعليهم أيضا الإلتزام بما تصدره هيئة التحكيم أو المحكم من قرارات تحكيمية ، فالقرار التحكيمي هو الغاية الأساسية التي يرمي إليه الأطراف من الإتفاق التحكيمي المبرم بينهما ، لكونه يفصل في النزاع المطروح وينهيه ، دون الحاجة إلى تدخل الهيئات القضائية في ذلك.

لذا نتساءل عما يلي :

ـــ ما هو مفهوم القرار التحكيمي الفاصل في النزاع المثار أمام هيئة التحكيم ؟

ـــ وما هي الطبيعة القانونية للقرار التحكيمي الذي يجد مصدره في اتفاق التحكيم ؟

هذا ما سنتناوله في هذا المبحث فيما يلي :

المطلب الأول : مفهوم القرار التحكيمي

يتضح لنا مفهوم القرار التحكيمي من خلال تعريفه وتحديد أنواعه والشروط التي يجب أن يستوفيها ، وعليه يقتضي ما يلي :

الفــرع الأول : تعريف القرار التحكيمي :

لــم تقدم النصوص القانونــية المتعلقة بالتحكيــم التجاري الدولي ، أي تعريف محدد للقــرار التحكيمــي ، لذا ترك المجال واسعا للفقه والقضاء لتقديم التعاريف المناسبة ، بشأنه ، ولقــد تعــددت الآراء الفقهية في تحديد تعريف القرار التحكيمي ، نتيجة تعدد المفاهيم التي يستلهمها.

فمنهم من يرى بأن القرار التحكيمي(1) ، هو عبارة عن سند يستمد سلطته من اتفاق التحكيــم المنشئ من طرف الأطراف المتعاقدة والتي يفصل المحكمون في النــزاعات محل التحكيم بموجبه.

« La sentence est l'acte par lequel, en vertu des pouvoirs dont la convention d'arbitrage les investit, les arbitres tranchent les questions litigieuses qui leur ont été soumises par les partiers »(2).

وهناك أيــضا من يرى بأن القرار التحكيمي هو الإجراءات التحكيمية التي تــجد نــهايتها في قرار أو حكم المحكمين(3).

ويعرفه الأستاذ : أحمد هندي بأنه "القرار الذي يتخذه الحكم لإنهاء موضوع النــزاع المطــروح عليه ، فهو خلاصة التحكيم حيث به يفصل المحكم بصورة نهائية وملزمة في هذا النــزاع"(4).

- كما قدم أيضا مجلس قضاء باريس تعريفا للحكم أو القرار التحكيمي قال فيه :

« Les actes des arbitres qui tranchent de manière définitive en tout ou en partie, le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui conduit à mettre fin à l'instance »(5).

---

1 - نستعمل كلمة قرار تحكيمي أو حكم تحكيمي بنفس المعنى ، وقد استعملت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي صادقت عليها الجمعيــة العامــة للأمم المتحدة وانضمت الجزائر إليها بالمرسوم 88-233 المؤرخ في 1988/11/15 ، ج ر ، رقم 48 ، لسنة 1988 ، وحــق المرســوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 ، المعدل والمتمم للأمر المتضمن قانون الإجراءات المدنية عبارة "القرارات التحكيمية" في حين العبارات المتداولة في كتب الفقه وبعض القوانين الأجنبية واللوائح الخاصة ببعض المؤسسات التحكيمية هي "الأحكام التحكيمية" كمــا هــو الحال في نص المادة 193 الفقرة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980 بقولها : "يعتبر الحكم صادرا مــن تاريخ التوقيع المحكمين عليه بعد كتابته".

2 - Marie - claire Rondeau - Rivier :« Arbitrage » (J-cl-Fasc 220. dr. int-com. 1986) p.2.

3 - Rene DAVID :«L'Arbitrae commercial International » Edition Economica 1986 p. 436.

4 - أحمد هندي "تنفيذ أحكام المحكمين" دار الجامعة الجديدة ، لسنة 2001 ص 15.

كما أنه يقصد بقرارات أو أحكام المحكمين ليس فقط القرارات الصادرة من محكمين معينين للفصل في حالات محددة ، بل أيضا القرارات الصادرة من هيئات ومؤسساتية دائمة يحتكم إليها الأطراف وهذا ما أوضحته المادة الأولى من إتفاقية نيويورك لسنة 1958 والخاصة بالإعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.

ولقد أوجد التشريع المقارن(1) بصفة عامة ومنها التشريع الجزائري ، عدة أنواع من قرارات أو أحكام التحكيم ، والتي يمكن للمحكم أو الهيئة التحكيمية إصدارها ، على أنه لا يتعارض ذلك مع إرادة الأطراف.

الفرع الثاني : أنواع القرارات التحكيمية

من الثابت في التشريع الجزائري طبقا للمادة 458 مكرر 12 ق إ م ج أنه يجوز إصدار قرارات تحكيمية جزئية أو بما اتفق عليه الأطراف المتنازعة ، كما أنه ليس ثمة ما يمنع هيئة التحكيم من أن تصدر في النزاع الذي يطرح عليها قرارات متعددة ، في حالة عدم وجود اتفاقية تقضي بخلاف ذلك.

لذا فالقرارات التحكيمية يمكن أن تشمل ما يعد منها تمهيديا أو تحضيريا أو حق القرارات أو الأحكام الصادرة في اختصاص المحكم أو في دفوع الأطراف.

1 – القرارات أو الأحكام الصادرة في المسائل الإجرائية :

يعرفها الأستاذ السويسري بانشو : بأنها الأوامر الصادرة في مسائل إجرائية بحتة كتكليف الخصوم بالإدلاء بدفاعهم كتابة وتحديد أجال الحضور أو الرد وتقديم أو استكمال المستندات وغير ذلك(2).

وهذه الأوامر الإجرائية البحتة لا تضع حدا للنزاع ، وإنما تهيئ القضية للفصل فيها لاحقا ، لذا لا ترفع بشأنها دعوى البطلان ، إلا ما كان منها مخالفا للقانون أو النظام العام كعدم مراعاتها – الهيئة التحكيمية – لمبدأ حق الدفاع.

1 – لقد نص تشريع الوفاق التحكيم السويسري بموجب المادة 32 من قانونه الدولي الخاص على ما يلي : "إن لمحكمة التحكيم أن تفصل في النزاع بقرارات متعددة ما لم يتفق أطراف الخصومة على خلاف ذلك".

2 – حسن بغدادي "رأي في القانون الواجب التطبيق في شأن صحة التحكيم وقرارات هيئات التحكيم وتنفيذها" مجلة إدارة قضايا الحكومة (العدد الأول) السنة الثلاثون (يناير – مارس 1986) ص 20.

2 – القرارات التمهيدية أو الأولية أو الجزئية :

قد يتخذ المحكم أثناء سير إجراءات التحكيم بعض القرارات أو الأحكام التي تعالج بعض الأمور التي تتعلق بالتحكيم، وهذه القرارات لا تحسم النزاع بشكل نهائي، بل تتعلق ببعض الأمور التمهيدية أو بعض الأمور الجزئية، وتسمى هذه القرارات أو الأحكام التي تنص بعض القواعد التحكيمية على إمكانية إصدارها من طرف المحكم أو الهيئة التحكيمية بالقرارات التمهيدية(1) كالقرار أو الحكم الذي يتخذ بشأن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أو مسألة الإختصاص بالنسبة للهيئة التحكيمية، غير أن هذه الأخيرة، وحسب المادة 458 مكرر 7 ق إ م ج يجب الدفع بها عند فصل الهيئة التحكيمية في الإختصاص الخاص بها، وقبل إبداء الدفوع المتعلقة بالموضوع، إلا إذا كان الدفع بالإختصاص مرتبط بالموضوع.

وتضيف نفس المادة السابقة، على أنه للمحكمة التحكيمية أن تفصل في اختصاصها بقرار أو حكم أولي.

مما يفيد أن هذه القرارات أو الأحكام تكون سابقة على إصدار القرار أو الحكم الفاصل في النزاع، تبديها الهيئة التحكيمية أثناء سير إجراءات التحكيم، تمهيدا لإصدار القرار أو الحكم المنهي للنزاع المطروح أمامها لذا لا ترفع بشأنها دعوى بطلان(2).

3 – قرار أو حكم الصلح :

إن قرار أو حكم الصلح يكون نتجة الإتفاق التحكيمي الذي يقر فيه الأطراف المتعاقدة صراحة بإمكانية التحكيم مع التفويض بالصلح.

ويرى الفقيه – عبد الكريم سلامة : "أن التحكيم مع التفويض بالصلح، هو نظام قضائي خاص أو نوع من التحكيم، يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهد إليهم، بمقتضى إتفاق أو شرط صريح بمهمة تسوية منازعات التجارة الدولية، التي قد تنشأ، أو نشأت بالفعل، بينهم، في خصوص علاقاتهم التي يجوز تسويتها بطريق التحكيم، وفقا لمبادئ العدالة، دون تقيد بقواعد القانون، وإصدار قرار أو حكم ملزم لهم"(3).

1 – فوزي محمد سامي التحكيم التجاري الدولي "مكتبة دار الثقافة الطبعة الرابعة 1995 ص 321.

2 – حسن بغدادي – المقال السابق ص 21.

3 – عبد الكريم سلامة (المرجع السابق)، ص 235 وما بعدها.

وقد أجاز المشرع الجزائري إمكانية التحكيم مع التفويض بالصلح ، حيث تنص المادة 458 مكرر 15 من ق إ م ج على أنه " تفصل محكمة التحكيم كمفوض في الصلح إذا خولتها اتفاقية الأطراف هذه المهمة" ، مما يفيد إمكانية إصدار قرارات أو أحكام الصلح ، وهذه الأخيرة لا تتخذ إلا عندما يكون المحكم أو المحكمون مخول من طرف الأطراف باتخاذ مثل هذا الإجراء ، والذي تعمل فيه الهيئة التحكيمية على تطبيق قواعد العدالة والإنصاف في النزاع المطروح أمامها.

4 – قرار التحكيم النهائي :

وهو القرار الرئيسي أو النهائي الذي يعالج النزاع المعروض على المحكم بجميع عناصره ، ويجد له حلا نهائيا ، بوضعه حدا للنزاع. وبمعنى آخر هو القرار الذي ينهي النزاع الذي نشأ بين الأطراف(1) ، والذي يتبع في حالة عدم تنفيذه الودي من قبل الأطراف إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية ، وذلك بعد مهره بالصيغة التنفيذية في دولة التنفيذ.

ومهما كانت أنواع القرارات التحكيمية التي تصدرها الهيئة التحكيمية فإن ما يهم الأطراف المتنازعة هو القرار التحكيمي المنهي للنزاع المعروض أمامها ، كما أن ما يهمنا في هذا المجال وبخاصة هي القرارات التحكيمية التي تضع حسما للنزاع المحدد في اتفاق التحكيم الذي بموجبه لجأ الأطراف إلى الهيئة التحكيمية ، والتي هي محور دراستنا هذه. فالقرارات التحكيمية التي تفصل في النزاع هي التي تسعى الأطراف لتنفيذها واحترامها ، لذا يقتضي استفائها الشروط اللازمة لإصدارها.

الفرع الثالث : شروط القرار التحكيمي

إذا كان المحكم يستمد حقيقة سلطته من أطراف النزاع الذين اختاروه بمحض إرادتهم ، فهذا لا يعني عدم استفاء القرار الصادر عنه والمنهي للنزاع بعض الشروط ، وهذه الأخيرة منها ما يستوجب احترامها لإعداد القرار التحكيمي ، ومن خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أي إجراءات سير المنازعة ، ومنها ما يتوجب توافرها في القرار التحكيمي في حد ذاته ، وكلها تعد من بين الضمانات المقدمة للأطراف ، والتي بموجبها يمنح للقرار التحكيمي قيمة وميزة الحكم الذي يصدر عن الهيئات القضائية العادية.

1 - Nour-Eddine Terki : « L'Artbitrage Commercial International en Algérie » ou 1999 p. 117.

أولا : شروط إعداد القرار التحكيمي من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات :

إن المشرّع الجزائري لم يحدد في المرسوم التشريعي رقم 93-09، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية ، كيفية البدأ في الخصومة ، و لم يوجب شكلا خاصا لبدئها ، مما يفيد بأنه قد تركها للأطراف ، وما نصّ عليه وبموجب المادة 458 مكررة من المرسوم التشريعي رقم 93-09, على أنه "يمكن لإتفاقية التحكيم أن تضبط الإجراء اللازم إتباعه في الهيئة التحكيمية مباشرة أو بناء عن النظام التحكيم ، كما يمكنها إخضاع هذا الإجراء إلى قانون الإجراءات الذي تحدده الأطراف فيها ، وإذا لم تنصّ الإتفاقية على ذلك ، و لم يحصل إتفاق بين الأطراف ، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراء مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيمي كلما تطلبت الحاجة إلى ذلك". لذا يقتضي من المحكم تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، والذي يتم بموجبه إعداد القرار التحكيمي. وبالرجوع إلى ما نصت عليه المادة المذكورة أعلاه ، نجد أن المشرع الجزائري أجاز للأطراف الإتفاق على تحديد الإجراءات التي يتعين على المحكمين إتباعها.

غير أن الصعوبة تثور عند عدم الإتفاق على قواعد للإجراءات أو عدم إشارتهم إلى قانون يطبقه المحكم في الإجراءات ، وكذلك الأمر في حالة عدم كفاية قواعد الإجراءات التي اتفق عليها الأطراف.

إن هذه الإشكالية يمكن حلها بالنسبة للتحكيم الذي يتم في إطار هيئات دائمة للتحكيم لأن لهذه الهيئات لوائح أو نظام تتضمن قواعد للإجراءات تطبقها هيئات التحكيم(1) التي تشكل في إطارها ، ويعتبر إشارة الأطراف لحل نزاعهم بالتحكيم وفقا لإحدى هذه الهيئات بمثابة قبول من جانبهم للإجراءات التي تطبقها هذه الهيئة(2). فتكمل ما اتفق عليه الأطراف من قواعد للإجراءات أو تطبق إبتداء عند عدم إتفاق الأطراف ، وكذلك الأمر بالنسبة للتحكيم الذي يدخل في إطار معاهدة تتضمن قواعد للإجراءات(3).

---

1 - مثل إجراءات هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية (منشورة في مجلة محامون السنة 53 العدد الرابع ، والخامس والسادس ، سنة 1988).

2 - إبراهيم أحمد ابراهيم "التحكيم الدولي الخاص" دار النهضة العربية ، 1986 ، ص 80.

3 - من ذلك ما تقضي به إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965 ، إذ تنصّ مادتها الرابعة والأربعون" على خضوع إجراءات التحكيم لهذه المعاهدة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

أما إذا كان الأمر عند عدم الإتفاق بين أطراف في التحكيم الحر ، على قواعد للإجراءات أو عدم كفاية القواعد التي تتفقوا عليها وعدم إشارتهم إلى قانون يطبق بخصوص إجراءات التحكيم. فإنه يقتضي الرجوع في هذه الحالة لقانون مكان التحكيم(1).

ويتفق هذا مع ما أخذت به إتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، فقد أجازت في مادتها الخامسة رفض الإعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه لعدم مطابقة إجراءات التحكيم لإتفاق الأطراف ، أو القانون الدولة التي تم فيها التحكيم في حالة عدم وجود إتفاق بين الأطراف(2).

وعلى ضوء كل ما تقدم فإنه يقتضي من المحكمون لإعداد القرار التحكيمي وإصداره في مواجهة الأطراف المتنازعة ، أن يحدد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، الذي يتعين اتباعه بعد تشكيل هيئة أو محكمة التحكيم إلى غاية إصداره.

هذا القانون الذي قد يتفق الأطراف على تحديده لتلتزم هيئة التحكيم بضرورة اتباعه ، قبل تطبيق القانون الإجرائي لمقر التحكيم ، والذي نصت عليه إتفاقية نيويرك سنة 1958.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه هو أن دعوى التحكيم تكون معلقة عندما يرفع أحد الأطراف دعوى أمام المحكم أو محكمين أو مباشرة تأسيس محكمة التحكيم (المادة 458 مكرر 8 من ق.إ.م.ج) ،وعليه تكون دعوى التحكيم قائمة بمجرد رفع النزاع أمام المحكم أو المحكمين الذي ورد تعيين في اتفاقية التحكيم(3) غير أنه ولتمكين المحكم منه إصدار القرار التحكيمي ، يضمن لكل طرف حقه ، وفي ظل مراعاته للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات فإنه يستدعي إحترام ما يلي في إصدار ذلك القرار.

1 - راجع: إبراهيم أحمد إبراهيم - المرجع السابق - ص 81 ، منير عبد المجيد - المرجع السابق - ص 143.

2 - راجع قرار التحكيم الصادر في 1973/10/10 (منشور في مجلة التحكيم لسنة 1980 ، ص 10 مع تعليق برحيث ستون. وحيث تتعلق وقائع النزاع في هذه القضية بعقد استغلال بترول ، منحته ليبيا في 1957/12/18 لمدة 50 سنة لمواطن أمريكي يدعى Bunhel lunt ، حول 50% من نصيبه لشركة British Petroleum ، وذلك بإقرار السلطات الليبية ، وبعد قيام الثورة في ليبيا سنة 1969 ، واتباع سياسة التأميمات هما تم تأميم تلك الشركة في 1971/12/07 وهو ما أدى إلى قيام النزاع بين الشركة وبين الحكومة الليبية وتم تعيين المحكم Legergren لحل هذا النزاع.

وانتهى المحكم في هذا النزاع إلى تطبيق القانون الدانماركي على إجراءات التحكيم باعتباره قانون دولة مقر التحكيم.

3 - الغوتي بن ملحة "القانون القضائي الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية .

1 – تقديم الأدلة :

لقد نصت المادة 458 مكرر 10 من ق.إ.م.ج ، على أنه "تباشر محكمة التحكيم بنفسها تقديم الأدلة".

مما يفيد أن المشرع الجزائري قد ألقى على عاتق هيئة التحكيم مهمة البحث عن الأدلة – والتي تكون الأساس في ما تتخذه من قرارات أو أحكام تحكيمية. وما يلاحظ عليه في هذا المجال هو عدم تقييد حرية الهيئة التحكيمية في ممارسة هذه السلطة – البحث عن الأدلة ، وإن كان هناك من يفترض(1) فيها عدم خروجها عن إمكانات الإثبات المعتمدة في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. ومن بين ما تباشره الهيئة التحكيمية في بحثها عن الأدلة ، معاينة الأماكن ، أو سماع الشهود ، أو الإستعانة بخبير ، أو طلب مساعدة قضائية متى كانت ضرورية لتقديم هذه الأدلة (المادة 458 مكرر 11 الفقرة 1 من إ.م.ج).

2 – الأمر بالتدابير المؤقتة أو التحفضية :

هو إجراء احتياطي يمكن من المحافظة على الشيء المتنازع عليه ، كتعيين حارس على العقار محل النزاع حتى لا يتصرف فيه إلى غاية إصدار القرار التحكيمي.

وتنص المادة 458 مكرر 9 الفقرة الأولى من ق.إ.م.ج على أنه " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تدابير تحفضية بطلب من أحد الأطراف ، إلا إذا كانت هناك إتفاقية مخالفة " ، مما يفيد أن الأمر الصادر عن هيئة التحكيم باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية تتوقف على ما يلي :

- تقديم طلب باتخاذ هذه الإجراءات المؤقتة أو التحفظية من أحد الأطراف المتنازعة.

- وعدم مخالفة هذا الإجراء المؤقت أو التفحظي لإتفاق الأطراف.

كما أنه يجوز للهيئة التحكيمية أن تطلب مساعدة قضائية لإتخاذ مثل هذه التدابير في حالة رفض أحد الأطراف هذه الأوامر ، على أن يطبق القاضي المختص بطلب المساعدة القضائية قانونه الخاص.

على أنه يجوز أيضا تقديم الضمانات المناسبة من الطرف الذي يرفض هذه التدابير المؤقتة أو التحفظية إذا تضمنت هذه الأخيرة إمكانية ذلك (المادة 458 مكرر 9 الفقر (2) و (3) من ق.إ.م.ج).

1 - تركي نور الدين (المرجع السابق) ص 113.

– وبعد تمكين هيئة التحكيم من اتخاذ مثل هذه الإجراءات التحفضية أو الوقتية وبحثها عن الأدلة ، تمهيدا منها إلى إصدار قرار تحكمي يضمن حقوق الأطراف المتنازعة ، غير أن ذلك يقتضي أيضا منها – الهيئة التحكيمية–. إعداد القرار التحكيمي تمهيدا لإصداره في مواجهة الأطراف المتنازعة موضعا بذلك حدا للنزاع المثار أمامها.

3 – إعداد القرار التحكيمي :

إن إصدار القرار التحكيمي ، يقتضي أن يمر بمراحل يضمن فيها حماية حقوق الأطراف ونزاهة هيئة التحكيم في وضعه وهي :

أ – المداولة :

وهي المشاورة التي تتم بين أعضاء هيئة التحكيم في مضمون وأسباب القرار التحكيمي ، وإن كانت المداولة لا تجد ما يبررها ، إذا لم يتعدد المحكمون كحالة المحكم الوحيد ، فإنها مرحلة تمهيدية لإعداد القرار التحكيمي الذي يلتزم الأطراف بتنفيذه.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ، قد أجاز للأطراف الاتفاق على شكل وكيفية إصدار القرار التحكيمي الذي تتوصل إليه الهيئة التحكيمية بعد المداولة ، غير أنه وفي حالة غياب مثل هذه الإتفاقية ، فإن القرار التحكيمي يصدر بالأغلبية عندما تشتمل هيئة التحكيم على عدة حكمين. على أنه للمحكم الذي لا يتفق ورأي الأغلبية, له أن يذكر رأيه في القرار التحكيمي ، لينتج أثره ، وكأنه موقع من جميع المحكمين (المادة 458 مكرر 13 (الفقرة الأخيرة) ق.م.ج)(1). ويلجأ المحكمون أثناء فترة المشاورة التي تتم فيما بينهم ، قصد إعداد القرار التحكيمي إلى استخدام لغة تجري بها التحكيم ، وإصدار القرار التحكيمي.

1 – ويرى تركي نورالدين : أن عدم إشتراك أحد المحكمين في المداولة لإصدار القرار التحكمي ، وإن كان لا يغير من مضمون القرار التحكيمي ، فمن شأنه أن يقلل من ثقة الأطراف فيه ، لا سيما في حالة تنفيذه الإرادي ، كما أن ذلك يعد مخالفا للنظام العام. وهذا ما تداركه المشرع الإيطالي في تعديله لقانون الإجراءات المدنية ، حيث تنص المادة 823. الفقرة الثانية منه على أن : "جميع المحكمين يجب أن يشتركوا شخصيا في المداولة "وبخلاف ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في تفسيره المداولة ، حيث أنه لا يستلزم إجتماع جميع المحكمين ، بل ترك للأقلية فرصة إبداء الرأي ، ولو على مسودة أو مشروع قرار أو حكم يرسل إليها – الهيئة التحكيمية – ، راجع في هذا الصدد : نورالدين تركي – المرجع السابق – ص 116 وفوزي محمد سامي – المرجع السابق – ص 314.

ب – اللغة التي يجري بها التحكيم :

لقد سبقت الإشارة إلى أن للأطراف الحرية في الإتفاق على شكل والإجراء الذي يصدر به القرار التحكيمي (المادة 458 مكرر 13 الفقرة (1) من ق.إ.م.ج) ، مما يفيد أيضا أن للأطراف الحرية في الإتفاق على اللغة التي تتم بها المرافعة وإصدار القرار التحكيمي.

غير أن المشرع الجزائري لم ينص في المرسوم التشريعي رقم 93-09 ، على حالة غياب مثل هذا الاتفاق الذي يتم بموجبه الأطراف تحديد اللغة التي تتم بها التحكيم(1). وإن كان يلزم الأطراف بترجمة القرار التحكيمي الذي تتوصل إليه هيئة التحكيم بعد المداولة ، للمطالبة بتنفيذه أمام الجيهات القضائية ، على أن تكون الترجمة مصادق عليها من مترجم رسمي أو ملحق أو قنصل(2) ، فالواقع العملي يتجاوز حدود هذه الشكليات ما دامت ثقة الأطراف في هيئة التحكيم ولجوءهم إليها يضمن لهم حقوق الدفاع والمساواة.

ج – سرية المداولة والقرار :

إذا كان التحكيم التجاري الدولي يضمن للأطراف سرعة الفصل في نزاعاتهم ، والثقة في اختصاص هيئة التحكيم ، فهو أيضا يضمن لهم الحق في الإتفاق على سرية المداولة والقرار الذي تصدره تلك الهيئة التحكيمية.

وتكمن أهمية سرية المداولة والقرار التحكيمي في المنازعات التجارة الدولية ، خاصة بالنسبة للشركات التي لها وزنها على المستوى العالمي ، في ثقتها التجارية التي هي محل اعتبار في معاملاتها التجارية ، وهذا ما قد يؤثر عليها سلبا أمام الشركات المنافسة.

كما أن الحفاظ على سمعتها ، وأسرارها التجارية ، قد يدفعها للجوء إلى التحكيم التجاري دون القضاء العادي.

وإن كان المشرع لم يتعرض إلى هذه المسألة فإن تكرسه لمبدأ حرية التجارة الدولية بصفة عامة ، وإمكانية الاتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الدولية بصفة

---

1 – في حين تنص إتفاقية عمان العربية للتحكيم لسنة 1987 بموجب المادة 23 الفقرة (1) على أنه "اللغة العربية هي لغة الإجراءات والمرافعة للحكم" والتي أنشأت مركز التحكيم العربي ، وتجدر الإشارة إلى أن الجزائر من بين موقعي هذه الإتفاقية.

2 – راجع نص المادة 4 الفقرة (2) من اتفاقية النيويورك لسنة 1958 ، الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ، والتي صادقت عليها الجزائر بموجبه المرسوم رقم 88-233 الصادر في 5 نوفمبر 1988 ، ج.ر : رقم 48.

خاصة ، فإنه لا يوجد ما يمنع من اتفاق الأطراف أيضا على سرية المداولة والقرار التحكيمي ، لا سيما أن جهاز القضاء هو الذي يشرف على الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي وبالتالي يمكن معرفة مضمونه ، والتأكد من سلامته.

د – امتثال هيئة التحكيم للمهمة المسندة إليها :

لقد نصت المادة 5 الفقرة (ج) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه " إذا كان القرار يشمل خلاف غير مذكور في اتفاق التحكيم ، أو أنه لا يدخل في عداد التوقعات البند التحكيمي ، أو أنه ينطوي على قرارات تتجاوز حدود الإتفاق أو البند التحكيمي ...تكون محل رفض اعتماد أو تنفيذ ".

كما نصت المادة 458 مكرر 23 الفقرة (د) من ق.إ.م.ج على أنه "إذا فصلت محكمة التحكيم دون الإمتثال للمهمة المسندة إليها تكون قراراها أو أحكامها محل طعن ، ولا يسمح الإعتراف بها أو تنفيذها".

لذا وجب على هيئة التحكيم التقيد بالخلاف المذكور في الإتفاقية ، وعدم مداولتها لنزاعات وقضايا تتجاوز حدود تلك المعروضة على التحكيم ، أو إصدار قرارات تحكيمية خارج حدود النزاعات الموكلة بها.

هـ – مبدأ حضور الأطراف :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر 23 الفقرة (و) من ق.إ.م.ج على أنه " إذا لم يراع مبدأ الحضور تكون قرارات هيئة التحكيم محل طعن ولا يسمح بالإعتراف بها أو تنفيذها". وهذا المبدأ الذي يكرس كفالة حقوق الدفاع التي عنت به معظم التشريعات يقتضي بضرورة تمكين الأطراف من هذا الحق ، وممارسته عن طريق تبادل المذكرات ، والمواجهة ، وتقديم المستندات ، والدفاع أمام هيئة التحكيم ، وهذا قصد تحقيق المساواة بين الأطراف في دفاع عادل ونزيه ، وقرار تحكيمي يحوز ثقة الأطراف.

و – ميعاد إصدار القرار التحكيمي :

تلتزم هيئة التحكيم بالفصل في النزاعات المثارة أمامها ، في الميعاد المتفق عليه من قبل الأطراف ، ولا تملك ذلك بعد إنقضاء الميعاد المحدد ، وإلا كانت قرارها محل طعن في الإعتراف بها أو تنفيذها

(المادة 458 مكرر 23 الفقرة (ب) ق.إ.م.ج) ، غير أنه يجوز للأطراف الإتفاق على تمديد مدة إصدار القرار التحكيمي ، في حين لا تملك هيئة التحكيم هذه السلطة دون إتفاق الأطراف على ذلك.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض الأنظمة الداخلية لهيئات التحكيم الدولية ، من تجيز لهيئة التحكيم تمديد ميعاد إصدار القرار التحكيمي ، وهذا في حالة إتباع إجراءات النظام التحكيمي التابع لها ، والمتفق عليه الأطراف ، مثالها : المادة 18 الفقرة الثانية من النظام التحكيمي لغرفة التجارة الدولية(1).

4 – النطق بالقرار التحكيمي :

في هذه المرحلة يكون فيه إعداد القرار أو الحكم التحكيمي قد وصل نهايته ، والنطق بالقرار التحكيمي هو تلاوة محتوى القرار الجاهز ، والذي قررته هيئة التحكيم ، وإن كانت غالبية القوانين والقواعد التحكيمية تنصّ على ضرورة إصدار القرار التحكيمي كتابيا لكي يتسنى إيداعه بالمحكمة القضائية المختصة لإضفاء الصفة التنفيذية عليه(2).

وقد نص المشرّع الجزائري على ضرورة كتابة القرار التحكيمي الذي تصدره الهيئة التحكيمية المختصة بالنزاعات المعروضة عليها (المادة 458 مكرر 13 الفقرة (3) ق.إ.م.ج)(3).

5– إصدار القرار التحكيمي باسم السلطة العليا في البلد :

هناك من يرى بأن قرار المحكم هو بمثابة قرار أو حكم قضائي يخضع للشكل المقرر له ، ويصدر من شخص مكلف بتأدية وظيفة القضاء في خصوص النزاع المطروح أمامه(4) ، لذا يقتضي من المحكم إصداره باسم السلطة العليا في البلد ، الذي يؤدي فيه مهمته ، مما يعزز من احترامه وعدم التقليل من شأنه.

في حين هناك من ذهب إلى القول بعكس ذلك ، حيث يرون أن المحكم يستمدّ سلطته من أطراف النزاع الذين اختاروه بكلّ حرية لكي يقوم بالفصل في النزاعات المثارة أمامه ، والقرار التحكيمي

1

1 – عارف الزفري "أنظمة محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية " مجلة المحامون للسنة 53 العدد 4 ، 5 ، 6 سنة 1988 الصفحة 414.

2 – فوزي محمد سامي "المرجع السابق" ص 316.

3 – وسنحاول دراسة هذه المادة لاحقا.

4 – أحمد أبو الوفاء "التحكيم الإختياري والإجباري" منشأة المعارف الطبعة الرابعة ، ص 261.

يختلف تماما عن الحكم القضائي الذي يصدر عن القاضي أو الهيئة القضائية والذي يمثل السلطة العامة ، والمخول بإصدار تلك الأحكام بموجب الدستور البلاد أو بموجب القوانين الخاصة بالسلطة القضائية(1).

أما المشرع الجزائري لم يتخذ موقفا من هذه المسألة ، وإن كان قد أجاز للأطراف الإتفاق على شكل وإجراء إصدار القرار التحكيمي (المادة 458 مكرر (13) الفقرة (1) ق.إ.م.ج) ، مما يفيد أنه لا يستوجب إصداره باسم السلطة العليا للدولة التي تنتمي إليها هيئة التحكيم ، على أن لا يقضي اتفاق الأطراف بخلاف ذلك .

وبعد أن يستكمل القرار التحكيمي أوا لحكم التحكيمي ، إعداده وإصداره تكون الهيئة التحكيمية قد وضعت حدا للتراع الذي عرض عليها بالقرار الذي أصدرته والذي يشترط فيه جملة من الشروط تعزز من احترام الأطراف له ، لكونه هو الأساس الذي توصلت إليه الهيئة التحكيمية لحل النزاع المثار أمامها من قبل الأطراف.

ثانيا : الشروط الواجب استيفائها في القرار التحكيمي :

لقد نص المشرع الجزائري بموجب المادة 458 مكرر(13) الفقرة 3 من ق.إ.م.ج ، على أنه: "يكون القرار التحكيمي مكتوبا ، مسببا ، معين المكان ، مؤرخا وموقعا " ، وعليه تستنتج الشروط التالية للحكم أو القرار التحكيمي :

1- كتابة القرار :

إن الكتابة تعتبر من أهم الشروط الشكلية التي يجب أن يستوفيها القرار التحكيمي ، لذا نصت عليه غالبية القوانين(2) ، بما فيها القانون الجزائري ،كما نصت المادة 31 من القانون النموذجي للتحكيم(3) على أنه "يصدر قرار التحكيم كتابة ويوقعه المحكم أو المحكمون ...".

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه قد سكت عن مسألة تحديد اللغة التي يكتب بها ، مما يسمح للأطراف بالحرية في اختيار اللغة التي يكون عليها ، هذا على عكس بعض التشريعات الأجنبية التي تشترط إستعمال اللغة الوطنية مثل اسبانيا ، وإيطاليا ، والسعودية.

---

1 - فوزي محمد سامي – المرجع السابق – ص 326.

2 - أنظر نص المادة 1472 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد لسنة 1981 ، والمادة 1701 الفقرة (4) من قانون الإجراءات المدنية البلجيكي ، والمادة 275 من قانون الإجراءات المدنية التونسي ، والمادة 527 من قانون الإجراءات المدنية السوري.

3 - هذا القانون النموذجي للتحكيم تم إقراره من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1975/2/11.

كما أن المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعدل والمتمم للقانون الإجراءات المدنية الجزائري ، لم ينص على مدى صحة القرار التحكيمي ، غير المكتوب ، على خلاف المادة 458 مكرر (1) من ق إ.م.ج ، التي استوجبت الكتابة في اتفاقية التحكيم ، وتحت طائلة البطلان ، وعلى الرغم من كل ذلك فالكتابة تبقى ضرورية لا سيما عند إيداع القرار التحكيمي بقلم كتاب المحكمة للإعتراف به وتنفيذه.

2- تسبيب القرار :

من الضروري تسبيب قرار التحكيم ، وكما يقول بعض الفقهاء : "هو الأساس الذي دفع المحكم إلى اتخاذه لقرار أو حكم معين بمناسبة النزاع المعروض" ، ومعظم التشريعات الوضعية ، بما فيها القانون الجزائري (المادة 458 مكرر 13 الفقرة(3) من ق.إ.م.ج) تحرص على إلزامية تسبيب القرار التحكيمي.

فالتسبيب في القرارات التحكيمية ، يعتبر من أهم الضمانات الأساسية للتحكيم الجيد والعادل(1) ، كما أنه يمكن للسلطات القضائية في دولة التنفيذ ممارسة الرقابة عليها والتأكد من عدم مخالفتها للنظام العام قبل الإعتراف بها وتنفيذها.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن هناك بعض الأنظمة القانونية التي لا تستلزم ضرورة التسبيب مثل الأنظمة القانونية للدول الأنجلو ساكسونية (كأمريكا ، وانجلترا والهند ...) ، في حين يعتبر التشريع الجزائري الداخلي أن تسبيب من النظام العام ، ويحرص على ضرورة التسبيب حتى في مجال التحكيم التجاري الدولي ، حيث أقر بإمكانية الطعن ورفض تنفيذ القرار التحكيمي صراحة في حالة عدم تسبيب المحكمة التحكيمية لقرارها. أو قلة تسبيبه بما فيه الكفاية أو في حالة وجود تضارب في الأسباب (المادة 458 مكرر 23 الفقرة (ز) من ق.إ.م.ج).

في حين قضى في فرنسا أن عدم تسبيب قرار التحكيم ، لا يعد في ذاته مخالفا للنظام العام بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي ، والذي تخضع إجراءاته لقانون أجنبي لا يتطلب التسبيب وإن كان هذا الأخير يتعارض مع النظام العام الداخلي في فرنسا فهو لا يمس النظام العام بمفهومه الدولي(2).

---

1 - Rene DAVID:«L'Arbitrage dans le commerce International» .Edition Economica1981, p 442 .

2 - راجع ما قضت به محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية في حكمها الصادر في سنة 1960 ، في قضية بيع المصبرات بين شركة فرنسية وشركة ألمانية سيان الإنجليزية مع تعليق روني دافيد مؤلفه السابق ص 448.

3 – ميعاد صدور القرار التحكيمي ومقره :

يتعين على هيئة التحكيم إصدار القرار التحكيمي الذي يضع حدا للنزاع خلال المدة المتفق عليها أطراف النزاع ، تجسيدا لمبدأ حرية الأطراف في الإتفاق على مدة إصدار القرار التحكيمي ، وضرورة احترام هيئة التحكيم لما اتفقت عليه الأطراف ، وعليه يقتضي من المحكمين عند إصدارهم للقرار التحكيمي احترام هذه المدة ، التي يترتب على مخالفتها إمكانية بطلان القرار التحكيمي الذي تم إصداره.

وضرورة ذكر تاريخ إصدار القرار التحكيمي تمكن من معرفة ما إذا كان هذا القرار الصادر عن الهيئة التحكيمية المختصة والمنهي للنزاع المثار أمامها قد صدر خلال المدة المتفق عليها أم لا.

وقد نصت مختلف التشريعات على ضرورة ذكر التاريخ على القرار التحكيمي ، بما فيها اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري سنة 1987(1) ، بموجب مادتها 32 الفقرة الأولى ، والتي صادقت عليها الجزائر ، حيث ألزمت الهيئة التحكيمية بذكر تاريخ الذي تم فيه إصدار القرار التحكيمي إحتراما لإرادة الأطراف في إنهاء النزاع خلال المدة المتفق عليها.

غير أنه ليس ثمة ما يمنع الأطراف من الإتفاق على تمديد ميعاد إصدار القرار التحكيمي ، على أن يثبت إتفاق الخصوم على التمديد كتابة(2) ، تؤكد رغبتهم في ذلك ، كما أنه يقتضي من الهيئة التحكيمية أن تعين المكان الذي يصدر فيه القرار التحكيمي "وهو مكان المقر الذي توجد فيه هيئة التحكيم مصدرة القرار".

وإن كانت إرادة الأطراف تلعب دورا مهما في تحديد مقر هيئة التحكيم التي تفصل في النزاع ، إلا أنه في بعض الحالات يمكن أن تقيد هذه الحرية ، لا سيما إذا كان النزاع المثار من اختصاص هيئة دائمة أنشئت خصيصا لهذا الغرض ، وأقرت التشريعات باختصاصها دون سواها ، ففي الجزائر نجد المرسوم الرئاسي رقم 91 – 346 الصادر في 05 أكتوبر 1991 ، المتضمن المصادقة على إتفاق مبرم بين الجزائر وإيطاليا حول ترقية وحماية الإستثمارات المتبادلة الذي يقضي باختصاص المركز الدولي لحل

1 – هذه الإتفاقية أقرت من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة بقرار رقم 80/د 5 سنة 1407 هـ الموافق لـ 1987/04/14 بعمان – الأردن – وصادقت عليها العديد من الدول العربية وهي : الجزائر ، الأردن ، تونس ، جيبوتي ، سودان ، سورية ، العراق ، فلسطين ، لبنان ، ليبيا ، المغرب ، موريتانيا ، اليمن (النص منشور في مجلة وثائق المجلس العدد 3 يناير 1989).

2 – أحمد أبو الوفاء – المرجع السابق – ص 186.

النـــزاعات المتعلقة بالإستثمارات أو محكمة تحكيمية تنشأ لغرض الإتفاقية ، دون سواها في حالـــة عـــدم اللجوء إلى القضاء العادي(1).

– ويرى الأستاذ محمد بجاوي(2) من خلال دراسة قام بها أنه من بين 237 قضية تحكيـــم علـــى مدى خمس سنوات ممتدّة من 1986 إلى 1990 ، والتي كان فيها طرفا عربيّا واحدا على الأقـــل قـــد تمّ إختبار أوروبا 199 مرة كمقر للتحكيم ، وتحتل فرنسا المكان الأوّل.

هذا الإختيار الذي تم عليه التأكيد في اتفاق التحكيم ، يستوجب من الهيئة التحكيميـــة احترامـــه وذكره في القرار الذي تصدره في مواجهة النـــزاع المعروض عليها.

4 – توقيع قرار التحكيم :

لقد نصت المادة 458 مكرر 13 الفقرة (3) من ق.إ.م.ج ، على ضرورة توقيع القرار التحكيمـــي من طرف المحكمين ، هذا التوقيع الذي بموجبه تقر الهيئة التحكيمية مصادقتها على الحل المعتمد في القـــرار التحكيمي ، غير أنه قد يحدث أن لا يتفق أحد المحكمين مع غيره بشأن ما يتضمنه القـــرار التحكيمـــي ، ويرفض التوقيع ، في هذه الحالة تجيب المادة 458 مكرر 13 الفقرة (5) من ق.إ.م.ج ، بعـــد تأكيدها على ضرورة التوقيع بأنه: "يوقع كل محكم القرار التحكيمي ، وإذا رفض أحدهم التوقيع يشـــير المحكمون الآخرون إلى هذا الرفض في قرارهم التحكيمي ، وينتج عن هذا القرار التحكيمي نفـــس الأثـــر كأنه موقع من جميع المحكمين".

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الإشكال الذي تجاوزته المادة السابقة لا يكون في حالة المحكم الفـــرد ، وإنما يبرز عادة في الهيئة التحكيمية المشكلة من عدة محكمين.

ويرى الفقيه روني دافيد : أنه في الدول الإشتراكية سابقا كانت تستلزم توقيع كل المحكمين علـــى القرار التحكيمي حتى يصبح نافذا ومنتجا لأثاره ، نتيجة لتأثرها بالنـــزعة الجماعية وقبولها الأغلبية ، مـــن ذلك ما يتصف به القانون في رومانيا والإتحاد السوفياتي (روسيا حاليا) ، ويوغسلافيا والصين ...)(3).

---

1 – غير أن الملاحظ على هذه الإتفاقية أنها تخص المنازعات التي تكون بين الدولتين في مجال الإستثمار ولا تمتدّ إلى رعايا الدولتين ، راجع نصـــوص هذه الإتفاقية في المرسوم الرئاسي رقم 91-346 الصادر في 5 أكتوبر سنة 1991 ، ج ر ، العدد 46 لسنة 1991.

2 – محمد بجاوي "العالم العربي في غرفة التجارة الدولية" مجلة محامون، العدد الرابع والخامس والسادس لسنة 1992 ص 386.

3 – راجع في هذا الصدد : رونـــي دافيد – المرجع السابق – ص 440.

وبعدما تطرقنا إلى تعريف القرار التحكيمي ، وبينا أنواعه ، وما يهم الأطراف منـــها والشـــروط الواجب احترامها من طرف الهيئة التحكيمية لإعداد القرار التحكيمي والشروط الواجب توافرها في هـــذا القرار ، يقتضي منا أيضا دراسة طبيعية هذا القرار التحكيمي ، الذي يفصل في النـــزاع المعروض علـــى هيئة التحكيم والذي يحوز ثقة الأفراد فيه.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للقرارات التحكيمية

بعدما بينا فيما تقدم تعريف القرار التحكيمي ، ووضحنا أنواعه والشروط الواجب توافرها فيـــه يتبادر إلى الذهن البحث عن طبيعته القانونية ، ما إذا كان يشكلا عقدا أو تصرفا من نوع خاص ، أم أنه يتميز بنفس الحقائق القانونية المعلومة في الحكم القضائي ، لا سيما وأن الفقه قد اختلف في تحديد ذلك.

فمنهم من يذهب إلى القول بأن القرار التحكيمي هو امتداد لإتفاق التحكيم وبالتالي فهو يتميز بالطبيعـــة التعاقدية ، والبعض الآخر يرى بأن القرار التحكيمي حكم كغيره من الأحكام التي تصـــدره الجيـــهات القضائية العادية.

وإن كانت هذه تدور أساسا حول تحديد الطبيعة القانونية للقرارات التحكيمية فإنه قد يكون من الصعوبة بمكان أن نفصل بين التحكيم في حدّ ذاته أي الإتفاق على التحكيم والقرار أو الحكم الصـــادر في شـــأن النـــزاع موضوع هذا التحكيم.

فمراحل التحكيم مختلفة بداية من شرط أو مشارطة التحكيم إلى غاية نهايته بصدور القرار التحكيمـــي ، التي تشكل نظاما واحدا يتجانس مع طبيعة أجزائه المختلفة ، ومن ثمّ فإن التكيف أو الوصـــف القـــانوني الذي يمكن أن نضفيه على التحكيم قد لا يطابق ، ولكونه يؤثر في تحديد طبيعة مكوناته كما يتأثر به.

وعلى المستوى الفقهي والتشريعي أيضا جري على التفرقة بين قرار أو حكم التحكيم الوطني وقـــرار أو حكم التحكيم الأجنبي ، وكذلك الحكم أو القرار التحكيمي الداخلي والدولي (1).

وعلى ضوء كل هذا سنتناول دراسة الطبيعة القانونية للقرار التحكيمي من خلال ، تحديد طبيعة القـــرار التحكيمي استنادا إلى المراحل التي يمر بها التحكيم إنطلاقا من إتفاق الأطراف على إمكانيـــة اللجـــوء إلى

1 - منير عبد المجيد "التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي" منشأة المعارف ، سنة 1997 ، ص 37.

التحكيم وصولا إلى ضرورة تنفيذه (فرع الأول) ثم نتطرق إلى القرار التحكيمي الوطني والأجنبي والدولي استنادا للمعايير التي تحدد طبيعته (الفرع الثاني).

الفـــرع الأول : طبيعة قرار التحكيم

أولا : الطبيعة العقدية :

تقوم نظرية الطبيعة العقدية للتحكيم على أساس أن إتفاق التحكيم الذي يمثل حجر الزاوية ومركز الثقل في كلّ الأعمال التي يتشكل منها التحكيم ، وقرار التحكيم يستمد كل قيمته القانونية من هذا الإتفاق التحكيمي ، الذي يشترك مع هذا الأخير في سمته التعاقدية(1).

فتنازل الأطراف عن حقهم في اللجوء إلى اقضاء مع التزامهم بطرح النزاع على المحكم - arbitre – أو أكثر للفصل فيه بقرار تحكيمي ملزم للأطراف ، لا يكون إلا بموجب عقد التحكيم الذي يضمن تعهد الأطراف على إخضاع نزعاتهم إلى التحكيم ، وتنفيذ القرارات التي تصدرها هيئة التحكيم بموجب هذا العقد.

لهذا يذهب البعض إلى القول بأنّ قرار المحكم ما هو إلا نتيجة مباشرة للإتفاق على التحكيم ، ومن ثم فطبيعته تعاقدية(2).

وقد أشارت المذكرة الإيضاحية لمجموعة المرافعات المصرية في تأكيدها على الطبيعة العقدية التي يتميز بها قرار التحكيم في قولها أن قرار المحكم ليس حكما قضائيا(3).

كما أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الإتجاه بطريقة غير مباشرة في الحكم الصادر بتاريخ 9 جويلية 1928(4)، لتعود مرة مرة ثانية ، فتؤكد على الطبيعة التعاقدية لقرارات التحكيم بشكل صريح ، في حكمها الشهير والصادر في 27 جويلية 1937 ، حيث قضت بما يلي :

---

1 – عصام الدين القصبي "النفاذ الدولي لأحكام التحكيم "دار النهضة العربية ، لسنة 1993 ، ص 15.

2 – أحمد أبو الوفاء – المرجع السابق – ص 251.

3. – نبيل الطي الخاطر "التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع" الطبعة الأولى ، ص 30

راجع هذا الحكم في:

4 – نورالدين بن شيخ "شرط التحكيم في العقود الإقتصادية الدولية" رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، سنة 1986 ، ص 25.

"إن قرارات أو أحكام التحكيم الصادرة على أساس مشارطة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة وتشترك معها في صفتها التعاقدية"(1).

غير أن هذا التصور يعاب عليه أنه يولي الأهمية البالغة لإتفاق التحكيم دون القرارات التحكيمية ، في حين تمثل هذه الأخير محور وهدف نظام التحكيم كله ، كما أن غالبية التشريعات بما فيها المشرع الجزائري حسب المادة 458 مكرر 16 من ق.إ.م.ج ، تقر بطبيعته القضائية ، فالقرارات التحكيمية تكتسي فورا صدورها حجية الشيئ المقضي فيه ، كغيرها من الأحكام القضائية ، ومن ثم لا يجوز لأي من الخصمين أن يلجأ إلى القضاء في الموضوع نفسه ، لكونه قد سبق الفصل فيه بقرار صادر عن الهيئة التحكيمية.

- لذا يقول الفقيه - أحمد عبد الكريم سلامة - :

" أن الأصل الإتفاقي أو التعاقدي —origine contractuel - للتحكيم ، لا يضمن تقليلا لقدر قرار التحكيم وإحترامه ، فالأصول الفنية للتحكيم ونظامه ، تبصر بأن إرادة الأطراف تعهد إلى المحكم بسلطة قضائية حقيقية وليس مهمة صلح أو توفيق وينبني على ذلك ، أن القرار الصادر هو قرار قضائي"(2).

ثانيا : الطبيعة القضائية :

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم هو نظام قضائي خاص يقوم على إرادة الأطراف ، وإن إغفال هذه الطبيعة القضائية للتحكيم يتنافى مع ما اتجهت إليه إرادة الأطراف في ذاتها (3) ، مما يفيد أن القرارات التي تصدرها هيئة التحكيم هي أحكام أو قرارات قضائية ، ولا يمكن التقليل من شأنها أو قيمتها ، لا سيما وأنه في حالة عدم تنفيذها من قبل الأطراف بشكل طوعي ، فإنها تتبع إجراءات التنفيذ الجبري كغيرها من الأحكام القضائية ، بعد مهرها بالصيغة التنفيذية.

لذا يرى أنصار هذه النظرية أن التعرف على طبيعة التحكيم والقرارات التي تصدرها الهيئة التحكيمية يكون بتغليب المعايير الموضوعية ، أي بتغليب المهمة التي توكل إلى المحكم والغرض من هذا النظام ، ففكرة المنازعة وكيفية حلها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره "قاضيا" يختاره

1 - نورالدين بكلي "اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري" رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر 1995 ، ص 18.

2 - أحمد عبد الكريم سلامة "نظرية العقد الدولي الطليق" ، دار النهضة العربية لسنة 1989 ، ص 214.

3 - عصام الدين القصبي - المرجع السابق - ص 14.

الخصوم لإرساء العدل بينهم ، ومن ثم فإن إنكار الطبيعة القضائية على التحكيم وقراراته هـو في الواقـع إنكار لجوهره الحقيقي(1).

كما أن القرارات التحكيمية تستمد طبيعتها القضائية كغيرها من الأحكام القضائية من حيازتهـا حجية ، الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها ، فتمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء للفصل في موضـوع سبق الفصل فيه من طرف المحكم ، ليتم تنفيذه بنفس الكيفية التي يتم تنفيذ بها الحكـم الـذي يصـدره القاضي.

ولقد أيد القضاء الفرنسي ، حتى قبل صدور قانون الإجراءات المدنية الجديد لسنة 1981 ، هـذا الرأي بقوله: أن القرار الصادر من قبل هيئة التحكيم تكون له في حد ذاته حجية الشيء المقضي فيه كغيره من الأحكام القضائية(2).

لذا يجب الإعتراف بأن قرار التحكيم ليس عملا عاديا وإنما يجب تشبيهه حقيقة بالحكم القضائي حيـث يتضمن ويرتب كل آثاره ، فيما عدا القوة التنفيذيـة التي لا يحوزها إلا بعد الحصـول علـى الصيغـة التنفيذيـة(3).

أما موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة فيتضح من خلال التعديل الجديد لقانون الإجـراءات المدنية ، والذي تناول أحكام خاصة بالتحكيم التجاري الدولي ، حيث استعمل في المادة 458 مكـرر 14 والمادة 458 مكررة 6 الفقرة الثانية من المرسوم التشريعي رقم 09.93 ، عبارات تظهر الطبيعة القضائيـة لقرارات التحكيم ، كنصه على أنه: "يكتسي القرار التحكيمي فور صدوره حجية الشئ المقضـي فيـه بالنـزاع الذي فصل فيه " — المادة الأخيرة سالفة الذكر — وهو ما يؤكد ميل المشـرع الجزائـري إلى الطبيعة القضائية للقرارات التحكيمية ومعاملتها كغيرها من الأحكام التي تصدرها الجيهات القضائية.

ثالثـا : الطبيعة المزدوجة :

هناك من الفقهاء من وقف موقفا وسطا ، أو توفيقيا بين الرأيين السابقين ، فـالتحكيم حسـب رأيهم نظام مزدوج ، أي له صفتان ، الأولى تعاقدية حيث تبدو واضحة في اختيار التحكيم كوسيلة لفض

1 - كمال إبراهيم "التحكيم التجاري الدولي" دار الفكر العربي — الطبعة الأولى لسنة 1991 ص 82.

2 - راجع في هذا الصدد :

عصام الدين القصبي — المرجع السابق — ص 15 الهامش وأحمد أبو الوفاء — المرجع السابق — ص 261.

3 - Jean Robert « l'arbitrage droit inter, droit international »
Edition DALLOZ 1983 , 173 الهامش ص

المنازعات ، والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النـزاع ، غير أن التحكيم يغير من طبيعته هذه إلى طبيعة قضائية من الوقت الذي يمنح فيه قرار التحكيم القوة التنفيذية ، وبدأ من الأمر بالتنفيذ يتحول قرار التحكيم إلى حكم قضائي(1) ، فقرار التحكيم وإن كان يستند حقيقة إلى اتفاق الأطراف ، إلا أنه بعد مهره بالصيغة التنفيذية يصبح كالحكم الصادر عن الهيئات القضائية ، فإذا كان قرار المحكم ينفذ جبرا بعد حصول على أمر بتنفيذه ، في حين أن الإتفاق لا ينفذ جبرا في ذاته ، وإنما ما ينفذ هو القرار الصادر في المنازعة الذي بني على الإتفاق المبرم بين الأطراف ، لذا يرى هؤلاء الفقهاء ضرورة التوفيق بين الصفة العقدية والنظامية للتحكيم ، لأنه وإن اعتبرت القرارات التحكيمية امتداد للعقد المبرم بين الأطراف قبل أمر التنفيذ ، فهي تصبح بعد ذلك بمثابة أحكام قضائية تخضع بالضرورة عند تنفيذها لقواعد الأحكام القضائية(2).

الفرع الثاني : قرار التحكيم الوطني والأجنبي والدولي

إن التحكيم التجاري الدولي يقوم حقيقة على إرادة الأطراف ، وإيجازة القانون لذلك ، إلا أن الفقه والقضاء والإتفاقية الدولية جرى على التفرقة بين قرار التحكيم الوطني وقرار التحكيم الأجنبي(3) ، حيث تكمن أهمية قرار التحكيم ، فيما إذا كان قرارا وطنيا أم أجنبيا في اتجاه غالبية الدول إلى التفرقة في المعاملة سواء من ناحية الإعتراف أو شروط وإجراءات التنفيذ وطرق الطعن في قرارات التحكيم الوطنية وقرارات التحكيم الأجنبية(4) إضافة إلى ذلك تحديد مجال تطبيق الإتفاقيات الدولية التي عنيت بقرارات أو أحكام التحكيم الأجنبية بقواعد خاصة ، دون قرارات التحكيم لوطنية أو الداخلية(5).

غير أن الطبيعة الدولية للنـزاعات المثارة في مجال التحكيم التجاري ، أوجدت نوعا من قرارات التحكيم توصف بالدولية ، على غرار قرار التحكيم الوطني أو الأجنبي.

وهذا ما سنقوم بدراسته من خلال المعايير المعتمدة في تحديد طبيعة قرار التحكيم التجاري فيما يلي :

1 - أبو زيد رضوان "الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي" ، مجلة الحقوق والشريعة الأولى العدد الأول جانفي1977 ص 39.
2 - كمال إبراهيم "التحكيم التجاري الدولي" دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى سنة 1991 ، ص 83.
3 - فوزي محمد سامي "التحكيم التجاري الدولي" مكتبة دار الثقافة لسنة 1995 ص 99.
4 - عصام الدين القصبي (المرجع السابق) ، ص 25.
5 - إن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، جاءت خصيصا لإعتماد القرارات التحكمية الأجنبية وتنفيذها ، وهذا دون سواها ، بمعنى أنها لا تشمل اعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية الوطنية.

أولا : معايير التفرقة بين قرار التحكيم الوطني والأجنبي :

لقد تعددت معايير التفرقة بين قرارات التحكيم الوطنية و الأجنبية وأهمها ما يلي :

1 – من حيث القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم :

مقتضى هذا المعيار أن قرارا التحكيم يعتمد على القانون الإجرائي الذي تم التحكيم وفقا أحكامه ، فقرار التحكيم يكون وطنيا ، حتى ولو صدر في الخارج ، إذا تم التحكيم وفق أحكام القانون الوطني ، وعلى العكس فإن قرار التحكيم يكون أجنبيا ، ولو صدر في دولة القاضي المطلوب تنفيذ القرار فيها ، إذا تم التحكيم وفق لأحكام القانون الأجنبي(1) ، معنى هذا أنه إذا تم إبرام إتفاق تحكيمي بين طرفين أحدهما جزائري والآخر فرنسي مثلا ، وكان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو القانون الجزائري ، فإن قرار التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم سيكون حتما قرارا وطنيا.

أما إذا كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو القانون الفرنسي ، فإنه يعد قرارا أجنبيّا حتى ولو تم إصداره في الجزائر.

غير أن هذا المعيار يؤخذ عليه من حيث كونه قد أغفل إحتمال سير إجراءات التحكيم بموجب قوانين متعددة ، لا سيما وأنه قد يصعب في العديد من الأحيان ، تحديد أي القوانين الأكثر ترجيحا من غيره ، كما أن سكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات من شأنه أن يمنح الفرصة للمحكمين في تحديد طبيعة القرار وفقا ما يرونه ، وهو ما قد يتعارض مع رغبة الأطراف.

كما أن صدور قرار التحكيم والنظام القانوني الإجرائي لدولة معينة لا يعني إرتباط هذا القرار بتلك الدولة(2).

على ضوء هذه الإنتقادات التي واجهت هذا المعيار ، لجأ البعض لتحديد طبيعة القرار التحكيمي فيما إذا كان واطنيا أو أجنبيا من خلال مكان الذي تم فيه إجراء التحكيم بإعتباره هو الأنسب لتحديد طبيعة القرار التحكيمي .

---

1 – عصام الدين القصبي – (المربع السابق) – ص 29.

2 – عصام الدين القصبي (المربع السابق) ص 28.

2ـ مكان إجراء التحكيم

يعتمد هذا المعيار على مكان التحكيم لتحديد طبيعة قرار التحكيم فيما إذا كان قرارا وطنيا أو أجنبيا ، فيكون القرارا وطنيا إذا تم على الإقليم الوطني ، ويعد قرارا أجنبيا إذا تم خارج الإقليم الوطني ، وهذا قياسا على الأحكام القضائية التي تكون أجنبية إذا صدرت عن هيئات قضائية أجنبية ، وتكون وطنية إذا صدرت عن هيئات قضائية وطنية.

ورغم بساطة هذا الرأي في المعيار المعتمدة عليه إلا أنه يؤخذ عليه في أنه لا يولي أهمية لطبيعة التحكيم ، فمقر الذي تم فيه التحكيم وإصدار القرار التحكيمي ، قد يصعب تحديده ، ما إذا كان المقصود به هو مكان النطق بالقرار أو مقر هيئة التحكيم ، أو أماكن حضور الجلسات والتوقيع على القرار التحكيمي ، إضافة إلى ذلك فإن مقر إصدار القرار التحكيمي قد يكون عارضا لا توليه الأطراف أهمية لأن الغاية من القرار بالنسبة للأطراف هو مضمونه لتنفيذه.

وهناك أراء أخرى تستند إلى جنسية المحكم أو جنسية الخصوم أو مكان المحكمة المختصة أصلا لنظر النزاع في تحديد ما إذا كان القرار الصادر عن هيئة التحكيم يعد قرارا تحكيميا وطنيا أو أجنبيا(1).

ورغم تعدد هذه المعايير في تحديد طبيعة حكم أو قرار التحكيم ، غير أن الذي قد يعتبر حكما أو قرارا أجنبيا في دولة قد يعتبر وطنيا في دولة أخرى ، كل هذا أدى بالفقه الحديث والقضاء الفرنسي خصوصا(2) إلى إيجاد معيار يتعلق بطبعة النزاع ، ومن ثم يكون إسباغ الصفة الدولية على قرارات أو أحكام التحكيم ، مستندا إلى الطبيعة الدولية لذلك النزاع(3).

---

1 - راجع في هذا الصدد :
منير عبد المجيد "التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي" منشأة المعارف سنة 1997 ، ص 26 ، وفوزي محمد سامي – المرجع السابق – ص 100 ، وعبد الحميد المنشاوي – المرجع السابق – ص 19 وما بعدها.

2 - راجع نقض مدني فرنسي الصادر في 1963/5/7 مجلة كليني سنة 1964 ص 82 مع تعليق برتين وأيضا نقض مدني فرنسي الصادر في 1972/7/4 مجلة كليني لسنة 1972 ص 843 مع تعليق الأستاذ أبتيث.

3 - فوزي محمد سامي – المرجع السابق – ص 102.

ثانيا : معيار دولية قرارات التحكيم :

مقتضى هذا المعيار أن قرار التحكيم الدولي ، هو الذي يتعلق بنـزاع من طبيعـة دوليـة ، أي بمعاملة تجارية دولية ، ولو كان أطراف النـزاع يحملون الجنسية ذاتها ، وجرى التحكيم في الدولة الـتي ينتميان إلى جنسيتها(1) ، بمعنى آخر أن قرار التحكيم الدولي هو ذلك القرار الذي يتعلق بمصالح التجـارة الخارجية.

إن هذا المعيار لا يولي أهمية لجنسية الأطراف المتنازعة أو جنسية المحكم أو مكان التحكيم ، بل يعير أهميـة لطبيعة النـزاعات المثارة بسبب معاملات تجارية دولية(2).

وقد أخذ بهذا المعيار المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية الجديد لسـنة 1981 بموجـب المادة 1492 منه ، في تحديده لمقصود التحكيم التجاري الدولي ، واعتباره كذلـك" إذا تعلـق بمصـالح التجارة الدولية" ، وقد سبقته في ذلك الإتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري لسنة 1961 ، الـتي نصت المادة الأولى منها على أن "أحكام الإتفاقية تطبق على إتفاقيات التحكيم المبرمة لفـض المنازعـات الناشئة عن العمليات التجارية الدولية"(3).

ولقد تبنى المشرع الجزائري هذا المعيار بموجب المادة 458 مكرر من ق.إ.م.ج ، حيث يقر بأنـه "يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النـزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية ، ومـن ثم يكون إسباغ الصفة الدولية على قرارات التحكيم أنه هذا المعيار وإن كان يأخذ في الإعتبـار المعطيـات الإقتصادية والتجارية الدولية فتعريفة الضيق يؤدي تطبيقه إلى نفي الصفة عن كثير من العقود لو اكتفـى به ، في حين توجد بالضرورة نقاط ربط قانونية دوليـة - Points de rattachement juridiques multinationaux ، في التصرف يجب مراعاتها مثل توطين الطرفين في دولة واحدة أو دول مختلفـة أو كون المستثمر مثلا ينتمي بجنسيته إلى دولة غير الدولة التي يتم على إقليمها الإستثمار(4).

وهذا ما تنبه إليه المشرع الجزائري عند تبنيه المعيار الإقتصادي الذي يقوم على أساس المعطيات الإقتصادية والتجارية للمعاملات الدولية ، والعقد الدولي ليس تصرفا مجردا من كل أثار قانونية ، بل أيضا محتـوى

---

1 - عبد الحميد المنشاوي – المرجع السابق – ص 19.

2 - فوزي محمد سامي – المرجع السابق – ص 103.

3 - وأيضا المادة 25 من إتفاقية تسوية المنازعات الخاصة باستثمارات (إتفاقية واشنطن سنة 1965).

4 - الطيب زروتي – المرجع السابق – ص 19.

إقتصاديا واقعيا ، لأن العقد تصرف قانوني إرادي تترتب عليه أثار اقتصادية في المجال الدولي ، وحسب هذا المعيار يكون العقد الدولي إذ تعلق بمصالح التجارة الدولية.

كما اقتضى أيضا أن يكون مقرا وموطن أحد الأطراف المتنازعة على الأقل في الخارج ، بمعنى آخر أن العقد الدولي هو الذي يشمل أطراف تختلف أنظمتهم القانونية والتي تعتبر عناصر ضرورية كالجنسية أو الموطن(1).

كل هذا يسمح بالقول أن المشرع الجزائري بموجب المادة 458 مكرر من ق.إ.م.ج التي نصت على أنه: "يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية ويكون فيه مقرا وموطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج" ، قد أخذ بالمعيار الإقتصادي والمعيار القانوني الذي يهتم بجنسية وموطن أو مقر الأطراف المتنازعة ، والمعاملات التجارة الدولية ، لتحديد طبيعة التحكيم الدولي ، والتي تسند فيه لهيئة التحكيم المنازعات المثارة ، للفصل فيها بقرارات تحكيمية توصف بالدولية.

غير أن قرار التحكيم التجاري الدولي ، وإن اختلفت التشريعات في المعايير التي تحدد طبيعته فمضمونه يبقى عبارة عن قانون يطبق على موضوع النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، والتي تصدره هذه الأخيرة.

فهذا القانون هو أساس أو مضمون القرار التحكيمي الذي تلتزم الأطراف بتنفيذه وهو محور دراستنا في الفصل الثاني.

---

1 - باتيفول مشار إليه :
نورالدين بكلي – المرجع السابق – ص 13.

الفصل الثاني : القانون الواجب التطبيق على موضوع النــزاع

من أهم قضايا التحكيم معرفة مسألة تحديد القانون أو القواعد التي تحكم موضوع النــــزاع ، لا سيما أن هذا القانون المذكور هو الأساس الذي يشكل مضمون القرار التحكيم الحاسم للنــزاع ومنــهي له ، وإن كانت لا تثار صعوبة بالنسبة للقاضي في كل دولة إذ يستوجب عليه تطبيق القواعد القانونيـــة للدولة التي يستمد منها سلطته.

غير أن هذا يختلف تماما بالنسبة للمحكم الذي يستمد سلطته من إتفاق التحكيم ، وبمعـنى أدق أن مصدر سلطة المحكم هي إرادة الطرفين فهو يمارس مهمته ، التي يكون مصدرها العقد المبرم بين الطرفين.

والأمر الذي يعنينا في دراستنا هذه ، هو معرفة المعايير التي يستند إليها المحكم في منازعات التجارة الدولية لإختيار القانون أو القواعد التي تحكم موضوع النـــزاع ، عند حلها بالتحكيم ، والتي يجد فيـــها القرار التحكيمي أساسه ومضمونه ، ويكون ذلك من خلال البحث عن هذا القانون في إرادة الخصـــوم الصريحة والضمنية ، وفي حالة غياب مثل هذه الإرادة أو الإختيار ، يكون بالبحث عن قانون وطني مـــن خلال إعمال المحكم لقواعد تنازع القوانين في العقود الدولية(1) ، وأخيرا من خلال بحثـــه عـــن حـــل لموضوع النـــزاع وفقا لما تقتضيه قواعد وعادات وأعراف التجارة الدولية.

هذه المسائل سندرسها تباعا للمناهج التي تتبنها في المبحث الأول.

ليكون بعدها دراسة موقف التشريع الجزائري من هذه المسألة في المبحث الثاني.

المبحث الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النــزاع

إن المعاملات التجارية الدولية لها ما يميزها في كونها تتم بين أشخاص يحترفون التجارة نابعة مـــن أوساط مهنية مميزة ، حتى أضحت الحياة التجارة الدولية تشكل نظاما إقتصاديا دوليا(2) ، الأمر الـــذي استدعى البحث عن وسائل قانونية تحكم العقود الدولية(3).

---

1 - أحمد عبد الكريم سلامة – المرجع السابق ، ص 171.

2 - راجع في هذا العدد :

- Mohamed Bedjaoui : « pour un nouveau ordre économique international » Unesco 1978.

3 - راجع أيضا في هذا العدد:

الطيب زروتي – المرجع السابق – نشأة القواعد القانونية التي تحكم العقود الدولية ، ص 25 وما بعدها.

هذه الأنظمة القانونية التي يستند إليها المحكم في تجسيد فاعلية قراراته وقابليتها للتنفيـــــذ تعـــددت الآراء الفقهية في تحديدها. حيث ذهب البعض إلى البحث عن إرادة الأطراف الخصومة لتحديدهـــا ، والبعــض الأخر إعتمد على قواعد التنازع ، ومنهم من ذهب إلى تحديدها من خلال إعمال قواعد وأعراف التجارة أو المبادئ القانونية العامة أو المشتركة والمعمول بها في المجتمع الدولي. ولأهمية هذا الموضوع الأخير أثـــرت أن أخصصا له مطلب مستقل لأنه يعتبر موضوع مهم وشائك إضافة إلى استئثاره بقواعد أقل مـــا يقـــال عنها أنها خاصة.

المطلب الأول : قانون الإرادة

الأصل في عقود التجارة الدولية هي خضوعها لقانون الإرادة أي للقانون الذي تشـــير بـــه إرادة المتعاقدين(1).

وإن استقر حقيقة فقه القانون الدولي الخاص في الغالب على الأخذ بها ، فإنه أثار جدلا فقهيا بـين مؤيد ومعارض لإختيار المطلق لمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق ، مما أدى إلى ظـــهور نظريتين أحدهما يصطلح عليها بالنظرية الشخصية والأخرى بالنظرية الموضوعية.

الفـــرع الأول : النظرية الشخصية

يرى أنصار هذه النظرية أن إرادة المتعاقدين هي شريعتهم الملزمة(2) ، مما يفيد تقديس مبدأ ســـلطان الإرادة ، ويعود إستخدام هذا الإصطلاح لأول مرة إلى "كانت" وبعده الفيلسوف الفرنسي "جون كـــاك رسو" حيث إعتمد هذا الأخير على مبدأ الإرادة في تأسيس – فكرة العقد الإجتماعي – ليأخذها بعـــد ذلك شراح القانون الدولي الخاص ، ويجعلوا منها مصدرا للقانون الذي يحكم الإلتزامـــات التعاقديـــة أو المعاملات الدولية الخاصة ، ومضمون هذه النظرية أن للمتعاقدين حرية طليقة في تحديد القانون الواجـــب التطبيق على عقودهم التجارية الدولية ، وما على المحكم إلا تطبيق أحكام هذا القانون المختار ، تجســيدا لمبدأ احترام إرادة الأطراف في اختيار القانون أو القواعد القانونية ، والتي يستوجب على المحكم إتباعـــها لحسم النـــزاع بواسطتها دون غيرها. وإذا لم يفصح أطراف النـــزاع صراحة عـــن إرادهم في تحديـــد

1 - BATIFFOL : « Les conflits des loi en matière des contrats » Paris 1938 p. 22.

2 - هشام علي صادق "القانون الواجب التطبيق على العقود التجارة الدولية" منشأة المعارف سنة 1995 ص 101.

القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النـــزاع ، يتعين في هذه الحالة على المحكـــم أن يبحث عن الإرادة الضمنية(1) التي تمكنه من تحديد القانون الذي اختارته الأطراف لتطبيقه على النـــزاع.

وحسب هذه النظرية أن القانون المختار ينـــزل منـــزلة الشروط التعاقدية في عقود التجارة الدولية ليأخذ حكمها ، وبمعنى آخر أنه يجوز تعديله (القانون) أو الأخذ ببعض أحكامه دون الأخرى ، حتى وإن كانت قواعده آمرة ، فالقانون المختار يفقد معناه باعتباره قرارا صادرا عن المشرع ، ولا يتأثر بما يطرأ عليه مـــن تعديل أو إلغاء لاحقا(2).

وبمعنى آخر أن هناك ثمة تجميد للقانون الواجب التطبيق ، وعلى الحالة التي كان عليها وقت الإبـــرام(3) ، غير أن حجة المؤيدين لهذه النظرية في كون العقد الذي تم بموجبه اختيار القانون الواجب التطبيـــق علـــى موضوع النـــزاع هو نظام يكفي نفسه بنفسه من الناحية التنظيمية والإلزامية(4) ، غير أن الأخذ بهـــذه النظرية وإن تجنبت مشاكل تنازع القوانين في العقود الدولية ، فإن ذلك لم يمنع من إنتقادها الشديد.

---

1 - أبو زيد رضوان "الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي" القسم الرابع ، مجلة الحقوق والشريعة ، السنة الرابعة العدد الثاني سنة 1980 ص 19 .

2 - منير عبد المجيد – المرجع السابق – ص 178.

3 - نقض مدني فرنسي الصادر في 1950/6/21 ، قضية الإرساليات البحرية - Les messageries maritime – المجلة الإنتقادية لسنة 1956 ، ص 609 مع تعليق باتيفول.

وتتلخص وقائع هذه القضية في خصوص عقد قرض أبرمته شركة الخدمات التعاقدية للبريد البحري الفرنسي مع بعض الممولـــين الكنديـــن في يونيو 1927 ، واشترط فيه الوفاء على أساس قيمة الذهب ، وكان القانون الكندي عند إبرام العقد ، هو القانون المختار لتطبيقـــه يقضـــي بصلاحية هذا الشرط ، فتمسكت الشركة المذكورة أعلاه عند مطالبتها بالوفاء ، بأنها غير ملتزمة إلا بالوفاء بقيمة الدين ، على أساس القيمـــة الإسمية بعملية الوفاء ، وببطلان شرط الوفاء بالذهب عملا بالتعديل التشريعي ، الذي طرأ على القانون الكندي والذي ألغـــى شـــرط الوفـــاء بالذهب.

قررت محكمة النقض رفض ادعاء الشركة بقولها "حيث انه نتج من تحقيقات قضاة الموضوع ، أن المتعاقدين رجعوا إلى قيمة الذهـــب لا دولار الكندي وفقا للقانون الكندي الساري وقت تكوين العقد باعتباره هو القانون الواجب التطبيق ..." وعليه يبدو واضحـــا أن الأطـــراف قـــد قصدو مقدما إخراج اتفاقهم من كل الاجراءات التشريعية التي يكون من شأنها إنقاص قيمة الدين ، أو بتعديل وزن وصفه الدولار بالذهب".

وملاحظاتنا المبدئية على هذا الحكم تتمثل فيما يلي :

1 – أنه جعل تطبيق القانون المختار يتم بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة.

2 – أن محكمة النقض الفرنسية أنزلت القانون المختار منزلة الشروط التعاقدية ، نتجة عدم تأثر العقد بالتعديل التشريعي ، وتطبيـــق القـــانون المختار وقت إبرام العقد بالرغم من تعديله لاحقا.

4 - الطيب زروتي – المرجع السابق – ص 97.

ــ الإنتقادات الموجهة لهذه النظرية :

من أهم الإنتقادات التي وجهت النظرية الشخصية ما يلي :

1 – إن القول بمبدأ الحرية المطلقة غير مقبول ، فليس من حق الأفراد أن يتمتعوا بحرية تعلو على المصالح الأساسية للجماعة ، كما أن الحرية نسبية ومقيدة.

فمن الناحية الأولى : كيف نفسر تواجد القواعد القانونية الأمرة التي يفرضها المشرع رعاية منه لمصالح الجماعة والنظام العام ولو في ظل أنظمة قانونية ليبرالية تقدس الحرية الفردية ، ومن ناحية أخرى فإن الواقع العملي في مجال العقود الدولية غالبا ما يكون هناك طرف ضعيف اقتصاديا في العلاقة التعاقدية ، وحمايته تكون ضرورية بتدخل المشرع بموجب قواعد قانونية أمرة لا يجوز استبعادها لكونها تشكل الضمان الأدنى لحماية هذا الطرف الضعيف.

2 – كما أن العقد لا يكون ملزما إلا بمقتضى القانون ، فالقول بأن قانون الإرادة هو الذي يحكم العقد ، وأن العقد يستمد قوته الملزمة من الإرادة ، مردود ، فحسب الفقيه – باتيفول – لا يعود للمتعاقدين اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم لكن للقانون أن يقرر ما هي العلاقات التي يحكمها لأن لمشرع وحده المختص بوضع قواعد التنازع وتحديد مجال تطبيقها ، وما يسمح به للأفراد وما لا يسمح به(1).

3 – كما أن إرادة الأطراف قد تنصرف عن تحديد القانون الواجب التطبيق ، وفي حالة عدم الإستدلال على القانون على المحكم أن يستخلص القانون الواجب التطبيق من ظروف وملابسات العقد ، وقد يصل إلى تطبيق قانون لم تنصرف إرادة المتعاقدين إليه ، وإنما من ملائمته للنزاع المعروض عليه.

4 – إن القول بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد(2) ، وأن القانون المختار ينزل منزلة الشروط التعاقدية ، مردود عليه أيضا لإعتبارات التالية :

ــ أولها : أن الواقع العملي كما يرى الفقيه أحمد عبد الكريم سلامة : يؤكد عدم كفاية العقد ذاته بذاته ، فهو خيال ، وليس حقيقة ، فالنقص والقصور في بنود العقد وأحكامه أمر قائما ، فالأطراف مهما

1 - باتيفول مشار إليه في :

الطيب زروتي – المرجع السابق – ص 102.

2 - راجع في هذا الصدد :

أحمد عبد الكريم سلامة – المرجع السابق – ص 54.

كانت خبرتهم ، وتوقعهم لأحداث المستقبل ، لا يمكنهم الإحاطة بكل جوانب العملية التعاقدية ، وليس هذا غريبا فالنقص إذا كان يصم القانون ذاته ، فما بالنا بالعقد(1).

ـ ثانيها : يرى العديد من الفقهاء(2) ، أن القانون الذي إنصرفت إليه إرادة المتعاقدين المحتفظ بقوته الملزمة كقانون لا يتحول إلى بند تعاقدي ، فيجب أن ينظر إليه ككل لا يتجزأ.

– هذا حماية للطرف الضعيف إقتصاديا من الإدعان للطرف القوي لبعض أحكام القانون المختار دون الأخرى التي تتعارض مع مصالحه ، كما أنه كيف نفسر رقابة القاضي لمشروعية تلك القواعد الموجودة بالعقد وعدم مخالفتها للقواعد الأمرة التي تعد ضمانا للصالح العام وحماية للطرف الضعيف.

ـ ثالثها : أن القانون المختار حسب أنصار هذه النظرية يفقد معناه الحقيقي ، حيث يسمح للأفراد بالتخلص من أحكامه عن طريق التمييز بين العقود الداخلية والعقود الدولية ، وإمكانية التهرب والغش نحو القانون الذي كان المفروض أن يحكم المنازعة ، واردة حسب هذه النظرية.

ـ ورأينا المبدئي في هذه المسألة أن العقد الدولي لا ينشأ في غياب القانون ، وإنما يخضع في تكوينه وأثاره وانقضائه لقانون دولة معينة ، ويستمد الأطراف حقهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم التجارية الدولية ، من خلال الترخيص الذي منحهم إياه المشرع ذاته والذي سمح لهم بهذا الحق في الإختيار ، كما أن حرية الأطراف في هذا الصدد ليست طليقة ، وإنما هي مقيدة باختيار قانون يرتبط بموضوع العقد أو أطرافه ، وهذا ما أدى إلى ظهور النظرية الموضوعية التي ترى بأن دور الإرادة ينحصر في تركيز العلاقة التعاقدية في إطار قانوني مرتبط بها ، مما يبرر خضوعها لأحكامه الآمرة.

الفرع الثاني : النظرية الموضوعية

يرى الفقيه الفرنسي – باتيفول – وهو صاحب هذه النظرية "أن إرادة المتعاقدين بوصفها كذلك. لا تقوى على تعيين القانون المختص يحكم العقد الدولي ، وإنما هي تقوم فقط بتركيز العقد في مكان معين في ضوء موضوع الرابطة العقدية ومعطيات التعاقد وملابسته ، فإذا تم تركيز الرابطة على هذا النحو فإن قانون المكان الذي اختاره المتعاقدون مقرا لهذه الرابطة هو الذي يسرى على العقد(3).

1 – أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص 66.

2 – من بينهم ديمولان ، بولنوا ، بوهيسية (راجع الطيب زروتي المرجع السابق ص 101).

3 – هشام علي صادق "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية" منشأة المعارف لسنة 1995 ، ص 392.

كما أن الفقيه الفرنسي – ديمولان – عندما أراد إخضاع العقد لإختصاص قانون البلد الذي أبرم فيه إفترض أن إرادة الأطراف قد انصرفت إلى اختيار هذا القانون ضمنا(1).

وأيضا الفقيه الألماني – سافني – حينما ركز الرابطة التعاقدية في دولة التنفيذ ، وتـــأكيده علـى ضرورة إخضاعها لقانون هذه الدولة على أساس أن إرادة المتعاقدين قد إتجهت إلى الخضوع الإختيـــاري لهذا القانون(2). وعليه فالقانون الواجب التطبيق طبقا لهذه النظرية يستخلص من تركيز العقــــد ، وإرادة الأطراف تعمل على تركيز العقد في مكان معين ، على أن تختار من بين الظواهر الخارجية ، وما هو أكـثر وضوحا وترجيحا من غيرها(3). والتي تستخلص وفق أسس موضوعية تأخذ في الإعتبار ظروف العقــــد والمتعاقدين معا ، لأن إدماج القانون المختار في العقد وفق ما تقتضيه النظرية الشخصية من شأنه أن يبطـل العقد أو أحد بنوده المتفق عليها صراحة في العقد أو عدم خضوعه لأي قانون(4).

---

1 – راجع في هذا الصدد :
علي علي سليمان "مذكرات في القانون الأولي الخاص الجزائري " ، ديوان المطبوعات الجماعية لسنة 1993 ، ص 107.

2 – هشام علي صادق – المرجع السابق ، ص 392.

3 – الطيب زروتي – المرجع السابق ، ص 111.

4 – نقض مدني فرنسي الصادر في 1910/12/5 المجلة الإنتقادية 1911 ص 385.
حيث تتلخص وقائع هذه في قضية شركة AMERICANT RADING وشركة QUEBEC STENANS-HIP ، حيـث تم إبرام عقد بيع بين الشركتين ، وإتفقتا على تطبيق قانون ولاية نيويورك ، على أن ينقل المبيع من الولايات المتحدة الأمريكية إلى فرنســـا بحــرا ، وتضمن العقد المبرم بينهما شرطا صريحا يقضي بالإعفاء الطرف الكندي من المسؤولية ، وعند التحقق من وجود بعـــض الخســـائر في البضاعـــة المنقولـــة ، رفعـــت شـــركة AMERICANT RADING دعـــوى للمطالبـــة بـــالتعويض ، دفعـــت شـــركة QUEBEC STENANSHIP بشرط الإعقاء من المسؤولية الوارد في العقد.

ردت الشركة الأمريكية بأن العقد يخضع لقانون ولاية نيويورك (قانونه محل إبرام العقد) ، غير أن محكمة النقض الفرنسية استبعدت القـــانون المختـــار صراحة من المتعاقدين (قانون ولاية نيويورك) وطبقت القانون الفرنسي (قانون محل التنفيذ) ، على أساس أنه يتبين من نصوص الإتفاق ذاتها ومن نيتـــهم المشتركة أنهم لم يقصدوا الخضوع للقانون ولاية نيويورك ، وبعبارة أخرى أنه وعلى اعتبار أن قانون الإرادة الضمنية هو قانون محل التنفيذ وإن المحكمـة بعدما رجعت إلى قانون ولاية نيويورك ، تبين لها أنه يقضي ببطلان شرط الإعفاء من المسؤولية الذي أورده المتعاقدون صراحة.
وملاحظتنا المبدئية على هذا الحكم الصادر في 5 ديسمبر 1910 هي كالتالي :

- هذا الحكم يكرس النظرية الموضوعية حقيقة باللجوء إلى تطبيق قانون محل التنفيذ على أساس الظواهر الخارجية وتركيز العقد مـــن طـــرف الأطراف إنصب على مكان التنفيذ حسب ما استخلصته المحكمة.
- أن محكمة النقض الفرنسية أنزلت القاون المختار ، منزلة الشروط التعاقدية ، وذلك باستبعاده ، بمعنى آخر وكأنه بند من بنود العقد يمكـــن إلغاله وإبطاله.
- أن القانون المختار يتم تحديده بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة وعن طريق الإرادة الضمنية ، فالأطراف لم تكن تجعـــل شـــرط الإعفـــاء مـــن المسؤولية يطبق في فرنسا.

ومكان أبرم العقد وكذلك مكان تنفيذه يمكن أن يعد من بين أهم الأسس الموضوعية الذي يتم بموجبها تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، غير أن ما يؤخذ على مكان إبرام العقد يؤخذ أيضا على مكان التنفيذ ، في كونه قد يتعدد أو يكون غير محدد ومثالها : التعاقد بالمراسلة أو التنفيذ في عدة دول للعقد المبرم بين الأطراف.

لذا نتساءل : عن كيفية تحديد القانون المختص في حالة ما إذا كان محل إبرام العقد أو تنفيذ غير محددين أو لم يتم تحديدهما أصلا في العقد ؟

لقد جاء القضاء السويسري(1) بنظرية الأداء المميز ، ومفادها أن العنصر الهام والمميز في العلاقة القانونية ، هو الذي يعتبر بمثابة ركيزة للإسناد ، وهذا يستتبع خضوع العقد إلى قانون المكان الذي يكون الأداء المميز متحقق فيه ، ودون البحث عن أي عنصر خارج العلاقة ، وعليه فالإلتزام الجوهري الذي يفرضه العقد يعد مركز الرابطة العقدية وهو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق (مثالها : محل إقامة المدين هو مركز الرابطة العقدية في مجموعها) (2).

وملاحظاتنا على هذه النظرية تكمن فيما يلي :

ـــ أنها لا تولي أهمية فعلية لإرادة المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق.

ـــ أن مكان الأداء المميز يمكن أن يكون محل خلاف فقد يعتبرها محكم أداء مميز ما لا يعتبره محكم آخر ذلك.

ـــ كما نلاحظ أنه إذا كانت النظرية الشخصية تقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة المطلقة ، فنظرية الأداء المميز يمكن أن تضمح الإرادة ولا توليها أي اعتبار.

وعلى ضوء ما تقدم نتساءل : عن أهمية إرادة المتعاقدين ودور القاضي أو المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق حسب نظرية التركيز الموضوعي ؟

---

1 - منير عبد المجيد "التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي" منشأة المعارف لسنة 1997 ، ص 191.

2 - راجع حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادر في 1966/05/11 منشور في المجلة الإنتقادية 1970 ، ص 418.

حيث قررت المحكمة الفيدرالية السويسرية وبصفة عامة ، إن قانون محل إقامة الطرف الذي يعد أداءه مميز في العقد محل النزاع هو الذي تخضع إليه الروابط العقدية.

وأيضا حكم المحكمة الفيديرالية السويسرية الصادر في 1968/10/01 المنشور في المجلى الإنتقادية 1976 ، ص 692 والحكم الصادر في 1974/3/05 المنشور في المجلة الإنتقادية 1976 ص 705 مع تعليق بيشار ولايف.

يرى البعض(1) أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي لا يمكن أن يكون من الأطراف ذاتها ، بل هو دائما من عمل القاضي أو المحكم ، الذي يقوم بتركيز العقد في الدولة التي يرتبط بها على نحو جدي ، وينتج فيها أغلب أثاره ، وما إرادة الأطراف ، إلا إمارة أو قرينة على ذلك التركيز ، بحيث إذا لم تتوافق مع توطين الموضوعي للعقد غض القاضي أو المحكم النظر عنها حتى ولو كانت صريحة(2).

ويرى الفقيه باتيفول(3) أيضا "أن الأطراف يركزون عقدهم والقاضي أو المحكم يستخلص القانون الواجب التطبيق على ضوء هذا التركيز" . فالقاضي أو المحكم يأخذ إختيار الأطراف الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق ، على أساس أنه أحد مميزات التركيز للعقد فإن وافق هذا الإختيار المميزات الأخرى ، كمكان التنفيذ أو محل الإبرام وموطن الطرفين أو جنسيتهما المشتركة ، عد نزيها وجديا وله صله بالموضوع العقد أو المتعاقدين ، ومن ثم يكون القانون المطبق حسب منهج التركيز هو نفسه القانون المختار ، لكن القانون المختار قد لا يتفق والمميزات الأخرى.

وعليه فالسؤال الذي يطرح : ما هو مصير القانون المختار والمتفق عليه صراحة حسب نظرية التركيز ؟

في هذا الإشكال لا بد من التمييز بين حالتين :

ـــ الحالة الأولى : إذا كان القانون المختار يتوافق مع ما توصل إليه القاضي أو المحكم أثناء إتباعه لمنهج التركيز الموضوعي ، وأنه الأوثق صلة بالرابطة العقدية أثناء تركيز العقد ، فليس ثمة إشكال.

---

1 - باتيفول ، لاجارد مشار إليهما في :
أحمد عبد الكريم سلامة مؤلفه السابق الهامش 123 و ص145.

2 - أحمد عبد الكريم سلامة – المرجع السابق – ص 145.

3 - حيث يرى الفقيه باتيفول أنه يجب أن نتكلم عن قانون الإرادة ، ونتجنب العبارة الطليقة لمبدأ سلطان الإرادة لأن منهج التركيز الموضوعي يعمل على استخلاص القانون الواجب التطبيق عن طريق توحيد الحلول ، بالنسبة للإعتداد بالإرادة الأطراف المتعاقدة مهما كانت صريحة أو مفترضة أو احتماليه ، فكل واحدة تعد مميز من مميزات التركيز ، وإن كان التمييز بينها صعب إلا أنها يجب أن تؤخذ على قدم المساواة ، وتولي الأهمية من طرف القاضي أو المحكم في استخلاص القانون الواجب التطبيق.
وقد حاول الأستاذ الطيب زروتي التمييز بين الإرادة الصريحة ، والضمنية والإحتمالية في رسالته السابق ذكرها ، (راجع الطيب زروتي – المرجع السابق – ص 113).

ــ أما الحالة الثانية : إذا كان القانون المختار لا يتوافق مع ما توصل إليه القاضي أو المحكم أثناء إتباعه لمنهج التركيز الموضوعي ، بمعنى آخر إذا كان القانون المختار يختلف عن القانون الذي تم تحديده من طرف المحكم أو القاضي.

يرى الفقيه "باتيفول" في هذه الحالة الأخيرة والتي تعنينا "أن القاضي لا يعتد بالإختيار الإرادي الصريح إلا بوصفه مجرد رغبة الأطراف في تركيز العقد ، وهو ما يتيح له حق تصحيح الإختيار فيما لو لم يكن معبرا عن التركيز الفعلي للرابطة العقدية ، فتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يكون باسناد الرابطة العقدية للقانون الأوثق صلة بها من خلال التركيز المكاني لهذه الرابطة(1)". وهذا ما حاول تأكيده القضاء الفرنسي من خلال الحكم الذي أقرته محكمة النقض(2).

وعلى ضوء ما سبق يمكن أن نستخلص ما يلي :

1 – أن تخويل المتعاقدين حق إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية مرتبط بتركيز العقد في مكان معين ، وكونه الأكثر صلة به.

2 – للقاضي أو المحكم سلطة في تحديد القانون الواجب التطبيق ، دون أن يتم إجباره على إتباع إرادة الأطراف التي لا تتفق والقانون الذي استخلصه من التركيز الموضوعي للعقد.

3 – القانون المختار لحكم العقد الدولي يصبح مجرد شرط تعاقدي ، كغيره من الشروط الأخرى حيث يمكن عدم الإعتداد به ، إذا ما توصل المحكم بتطبيقه لمنهج التركيز الموضوعي لقانون آخر.

4 – إن فكرة تجزئة الرابطة التعاقدية ، وإسناد كل من عناصرها لقانون مختلف ، يمكن تجاوزها بتطبيق منهج التركيز الموضوعي ، واختيار قانون واحد يطبق على العقد ، مما يؤدي لعدم الإخلال وانسجام العقد(3).

---

1 – أنظر : هشام علي صادق – المرجع السابق – ص 390 وما بعدها.

2 – راجع :
نقض مدني الفرنسي الصادر في 1910/12/05 منشور في المجلة الإنتقادية لسنة 1911 ، ص 385.

3 – حيث يرى الأستاذ : هشام علي صادق " أن احترام المتعاقدين تقتضي احترام حريتهم في تجزئة الرابطة التعاقدية وإمكانية أن تخضع كل عنصر منها إلى قانون مختلف ، مما يؤدي إلى خضوع العقد لأكثر من قانون وهذه الحالة من شأنها أن تخل بانسجام العقد (راجع هشام على صادق – المرجع السابق – ص 399 وما بعدها) وقد تنبه القضاء الفرنسي إلى هذه الحالة فتشترط أن تكون القوانين المختلفة التي يمكن تطبيقها على العقد الدولي ، أنه لا تستبعد تطبيق أي قانون أو تخل بانسجام العقد (راجع الحكم الصادر في 1971/3/04 منشور في المجلة الإنتقادية 1972 ص 714.

5 – إن القاضي أو المحكم عن طريق تطبيقه لمنهج التركيز الموضوعي يستطيع إيجاد حلول للمشاكل التي تعترض العقد الدولي ، كحالة سكوت المتعاقدين تماما عند الإختيار الإرادي للقانون الواجب التطبيق على العقد ، أو اختيار الإرادي للقانون الذي من شأنه أن يبطل العقد أو يبطل أحد بنوده المهمة والمصرح بها(1).

6 – ان منهج التركيز الموضوعي المتبع من طرف المحكم ينهي مشكلة الغش والتهرب من القانون الواجب التطبيق. وعليه فإن كانت إرادة المتعاقدين تعمل على تركيز العقد بكل حرية ، فإن إرادتهما في اختيار القانون الواجب التطبيق ، تعتبر تتساوى فيه مع غيرها من المميزات ، والمحكم هو من يحدد مدى الارتباط الأوثق وترجيح لإحدى المميزات الموضوعية الأهم في الرابطة التعاقدية لتعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، فهو بذلك يكون غير مجبر على مراعاة إرادة الأطراف إن كانت لا تتفق والقانون المحدد بمنهج التركيز الموضوعي.

وإن تم التأكيد على تطبيق هذا المنهج في العديد من القضايا التي عرضت على هيئات التحكيم الدولية كالقرار هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية – C CI – الصادر في القضية رقم 1717 لسنة 1972(2) وأيضا قرار نفس الهيئة التحكيمية – CCI – الصادر في القضية رقم 1562 لسنة 1968(3). الذي تم بموجبه استخلاص الأسس الموضوعية أخذة بعين الاعتبار في ذلك ظروف العقد والمتعاقدين ، لتحديد

1 –كالحكم التحكيمي الصادر في الدعوى رقم 1422 لسنة 1966 المنشور في جريدة القانون الدولي – كلينيه – 1974 العدد 4 الصفحة 884 و 888. والتي تتلخص وقائعها في نشوب نزاع بشأن تنفيذ عقد (وكالة عامة في البيع) بين شركة إيطالية وأخرى سويسرية ، على أن تقوم الشركة السويسرية بتوزيع منتجات الشركة الإيطالية في الولايات المتحدة الأمريكية والمكسيك ، ولم يوضع في العقد القانون الذي يحكم النزاع الذي عرض عليه هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس.
طالب الطرف الإيطالي (الشركة الإيطالية) بتطبيق قانونه الداخلي ، بينما الطرف الثاني (الشركة السويسرية) طالبت بتطبيق القواعد العامة للأمم المتحضرة ، غير أن المحكم بعد أن أكد في قراره على السلطة التقديرية بشأن القانون الذي يحكم النزاع ، وفي حالة عدم إختيار الخصوم للقانون الذي يحكم النزاع ، قرر إعمال القانون الإيطالي على أساس أنه الأكثر إرتباطا بالموضوع ، فالعقد وقع في إيطاليا (تورينو) وأن مكان الرئيسي كان في إيطاليا (جنوه) حيث سلمت البضاعة المشتري.
ونستخلص من هذا القارار ما يلي :
- أن هيئة التحكيم أسست قرارها على أساس منهج تركيز العقد ،
- هذا الأخير ابرم في إيطاليا ، وأنه المكان الرئيسي للتنفيذ والتسليم ، ومن ثم استخلصت اختصاص القانون الإيطالي لحكم العقد.
- كما أن قرارها أبعد هيئة التحكيم من الوقوع في مشكلة نزاع بدون قانون أو العقد المجرد من القانون.
- إن هذا الحل الذي قدمته هيئة التحكيم من شأنه ، أن ينهي مشكل الغش نحو القانون الواجب التطبيق على العقد.

2 – راجع الحكم التحكيمي الصادر في الدعوى رقم 1717 لسنة 1972 ، منشور في جريدة القانون الدولي – كلينية – لسنة 1974 العدد 4 صفحة 890 – 892.

3 – راجع الحكم التحكيمي الصادر في الدعوى رقم 1562 لسنة 1968 ، منشور جديدة القانون الدولي – كلينيه – لسنة 1974 العدد 4 صفحة 915-920.

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، كل هذا لم يحول دون أن توجه إليه انتقدات قللت من أهميته وشككت في مصداقيته.

الانتقادات الموجهة لهذه النظرية :

من أهم الانتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية الموضوعية منه خلال منهج التركيز الذي تتبنله ، رغم تأييد الفقه لها واعتمادها من طرف القضاء ما يلي :

1 - إن مضمون النظرية الموضوعية يقوم على تجاهل حقيقة القانون الذي تختاره الأطراف لحكم العقد ودور الإرادة في ذلك ، وعليه ثمة إنكار لحق الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.

2 -كما أن دور القاضي أو المحكم حسب هذه النظرية توليه أهمية كبيرة في تحديد القانون الواجب التطبيق ، الذي كون على حساب إرادة الأطراف في تحديد ذلك ، رغم الإعتراف لها في مجال العقود الدولية.

3 - إن تحديد المحكم لقانون وطني ليس من اختيار الأطراف ، وفقا لمهج التركيز الموضوعي قد يكون فيه إهدار لحقوق ، وأقل حماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، لا سيما وأن الطرف القوي في العقود الدولية ، قد يملي عليه بعض الشروط التي من شأنها تركيز العقد وفقا لقانون الطرف القوي بخلاف ما اتفق عليه صراحة في العقد.

4 - كما أن إرادة الأطراف قد تتجه إلى تطبيق القانون الموضوعي للتجارة الدولية والأعراف المستقرة في مجال التجاري الدولي(1) ، لكونها محايدة ، وهذا بخلاف القانون الوطني الذي يحدده المحكم وفق منهج التركيز الموضوعي.

5 - كما أن أغلب التشريعات من خلال قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية (المادة 18 ق.م.ج ، وما تقابلها في القوانين الأخرى ، أقرت صراحة لأطراف العلاقة القانونية حرية الإختيار فكيف نحرمهم من ذلك بدعوى التركيز الموضوعي للعلاقة القانونية ؟

---

1 - هي عبارة عن أحكام موضوعية خاصة بالعلاقات التجارية الدولية ، والتي تشكل قانونا خاصا بالمقارنة بالقانون الداخلي حيث تأخذ في الإعتبار الصفة الدولية للرابطة كي تخضع تلك العلاقات لنظام قانوني مختلف ، عند ذلك الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة (راجع أحمد عبد الكريم سلامة – المرجع السابق – ص 282 و التي سنحاول دراستها في المطلب الثالث من هذا الفصل).

على ضوء كل هذا نرى أنه من الأفضل في حالة ما إذا كانت هناك إرادة صريحة يتعين على المحكم أو القاضي احترامها مع مراعاة طبيعة العقد وظروف المتعاقدين ، لأنه يعتبر بمثابة دعامة ثقة وأمان فيما لو نشب نزاع بينهما ، أو حتى التقليل من شأنها بحجة إمكانية الغش والتهرب من القانون الواجب التطبيق ، لأن الأصل هو حسن نية الأطراف وإلا كيف نفسر مبدأ حرية التعاقد وتحديد القانون الواجب التطبيق في مجال العقود التجارية الدولية ، لا سيما إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى تطبيق قانون محايد ، وهذا مع مراعاة طبيعة العقد وظروف المتعاقدين ، وهذا ما أخذ به المشرع المصري وحسب نص المادة 19 من القانون المدني المصري(1) نجد أنها قد صيغت صياغة مرنة لا تقطع على القضاء سبيل الاجتهاد ولا تحول دون الانتفاع من كل تطور مقبل على حركة الفقه ، محاولة بذلك أن توفق بين النظرية الشخصية ومنهج التركيز الموضوعي(2).

المطلب الثاني : منهج التنازع

إذا كان أنصار النظرية الشخصية يرون أن الأصل في العقود التجارة الدولية هو خضوعها لقانون الإرادة ، أي القانون الذي انصرفت إليه إرادة الأطراف ، وأنصار النظرية الموضوعية يرون أن القانون الواجب التطبيق على العقد يستخلص من إرادة الأطراف في تركيز العقد في مكان معين ، فإنه في مجال القانون الدولي الخاص يعترف حقيقة ويسلم بحق الأطراف في تحديد أو تعيين القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، نتيجة إعمال قاعدة إسناد وتكون فيه إرادة الأطراف هي الأساس في تحديد ذلك القانون.

وهذا ما يؤكده الفقيه : أحمد عبد الكريم سلامة(3) "أن يحل تنازع القوانين في العقود الدولية ، وعن طريق قاعدة الإسناد ، فهذه الأخيرة تحدد القانون الواجب التطبيق وفقا لضابط إسناد يقوم أساسا على إرادة الأطراف" ، بمعنى آخر أن إرادة الأطراف تعمل على إسناد العقد إلى قانون معين يكون هذا الأخير هو الواجب التطبيق على منازعات التجارة الدولية.

1 - حيث تنص على أنه " يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين ، إذا اتحدا موطنهما ، فإن اختلفا موطنا فيسرى قانون الدولة التي يتم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

2 - وقد أخذت عن القانون المصري العديد من التشريعات الحديثة في الدول العربية مثل القانون السوري ، والقانون العراقي ، راجع الطيب زروتي - المرجع السابق - ص 88.

3 - أحمد عبد الكريم سلامة - المرجع السابق - ص 171.

وهذا ما تم التأكيد عليه من استقرار مبدأ خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة في التقنينات الوضعية(1) وحتى القضاء رغم ما وجه إليها من نقد(2).

والجدير بالذكر أن اختيار الأطراف لقانون دولة ما ، أو لنظامها القانوني ، يؤخذ على أنه إشارة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها المتعلقة بتنازع القوانين(3).

وقد يكون تعيين القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف صريحا ، وذلك بذكره في العقد المبرم بينهم ، كما أنه قد لا يفصح أطراف النزاع صراحة عن إرادتهم في تحديد القانون أو القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع ، لكن المحكم في هذه الحالة الأخيرة. ومن خلال قرائن تستمد من الرابطة التعاقدية ، أو من استخلاصه للظروف العقد والمتعاقدين يستطيع الكشف عن الإرادة الضمنية(4) ، التي تقضي بإخضاع العقد مثار المنازعة إلى قانون معين.

غير أنه في حالة غياب هذه الإرادة الضمنية أو الصريحة ، يلجأ المحكم إلى إعمال قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص قصد تحديد القانون الواجب التطبيق.

وعليه ومما تقدم فإن المحكم في منازعات التجارة الدولية يقوم بتحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع من خلال الإرادة الصريحة أو الضمنية (الفرع الأول) ، وفي حالة غياب هذه الإرادة أو هذا

---

1 - المادة (5) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي تنص "أنه الأطراف في الإتفاقية المذكورة في المادة (2) كانت بموجب القانون المطبق عليها محكوما عليها بعدم الأهلية أو الإتفاقية المذكورة غير صالحة بموجب القانون أخضعها الأطراف إليه أو لم توجد الإشارة بهذا الصدد بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار" (بطريقة غير مباشرة) ، وأيضا المادة 7 الفقرة (1) من إتفاقية جنيف لسنة 1961 ، الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي التي تنص "أن الأطراف هم أحرار في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على موضوع النزاع".
وكذلك المادة 42 الفقرة (1) من اتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965 ، الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى (المعروفة باتفاقية BIRD) ، حيث تنص "المحكمة – المحكمة التحكيمية – تتصدى للفصل في المنازعة وفقا للقواعد القانونية التي يحددها الأطراف ....".

2 - راجع :
أهم الإنتقادات التي وجهت إلى النظرية الشخصية المطلب الأول من الفصل الثاني ص 42.

3 - منير عبد المجيد – المرجع السابق – ص 88.

4 - إذا كانت الإرادة الصريحة هي إرادة حقيقية ، ومعلن عنها صراحة في العقد ، كأن يتفق المتعاقدان بعبارات صريحة وواضحة على القانون الذي يحكم العقد مثار المنازعة ، فالإرادة الضمنية ، هي إرادة حقيقية ولكنها غير معلن عنها صراحة في العقد ، ويستخلصها المحكم عن طريق قرائن تستخلص من العقد أو من ظروف العقد والمتعاقدين.
وقد أخذ المشرع الجزائري بالإرادة الضمنية في المادة 18 من القانون المدني الجزائري وأيضا المشرع المصري في المادة 19 من القانون المدني المصري.

الاختيار يتعين عليه البحث عن القانون الواجب التطبيق من خلال إعمال المحكم لقواعد تنازع القوانين (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تطبيق المحكم لقانون الإرادة

إن حق الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، أصبح مؤكدا في القانون الدولي الخاص ، فالقانون المختار بإرادة الأطراف هو نفسه القانون الذي يحكم موضوع النزاع المعروض على المحكم.

غير أن ما يواجهه المحكم من صعوبات ليس في الإرادة الصريحة التي يعبر فيها الأطراف عن اختيارهم في تطبيق قانون معين ، ولكن في الإرادة الضمنية التي تفرض على المحكم البحث عنها من خلال الاستدلال أو قرائن أو مؤشرات ، وذلك بتوطين العقد ، وإقامة قرينة حقيقية يستدل بها على اختيار الأطراف لتطبيق قانون معين على موضوع النزاع.

* توطين العقد (قانون الإرادة الضمنية) :

يرى الفقيه : أرامجون – ARMINJON(1) "أن جوهر إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد مثار المنازعة هو في الحقيقة عبارة عن "توطين للعقد" – Localisation – تبعا لإرادتهم ومن ثم يجب أن يكون في هذا الإختيار إشارة إلى رابطة التوطين هذه ، مثل اختيار الأطراف لقانون مهني ، بحيث إذا انعدمت مثل هذه الرابطة اعتبر ذلك من قبيل الغش نحو القانون".

وعليه فالمحكم عندما تناط به سلطة البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، في حالة غياب الإختيار الصريح من قبل الأطراف ، يكون بالبحث عن مؤشرات توطين العقد ، للإستدلال على الإرادة الضمنية للأطراف في تطبيق قانون معين.

1 – وما تجدر الإشارة إليه أن الفقيه أرمجون وحده لم يعتقد ذلك ، بل كان أيضا الفقيه هنري ، باتيفول يرى نفس الشيء (راجع في هذا الصدد : أبو زيد رضوان "الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي " مجلة الحقوق والشريعة العدد الثاني السنة الرابعة ، لسنة 1980 ص 18.

وهذه المؤشرات التوطينية عديدة مثل قانون مكان التحكيم ، وقانون محل التنفيذ ، قانون محل إبرام العقد ، وإن كانت تختلف حسب القيمة المرجحة(1) للإستدلال على الإرادة الضينية للأطراف في تطبيق قانون دولة ما ، ونقدم أهمها فيما يلي :

1 – القيمة التوطينية لمحل إبرام العقد :

إن محل إبرام العقد المثار للنزاع المعروض على المحكم يكتسي أهمية بالغة في الإستدلال على أن إرادة الأطراف قد تنصرف إلى إعمال قانون ذلك البلد الذي أبرم فيه العقد(2).

غير أن ما يلاحظ على مؤشر مكان إبرام العقد أنه قد يكون عرضيا ، لا سيما في مجال العقود التجارية الدولية ، فقد لا يعتبره الأطراف عنصرا مهما ، إضافة إلى ذلك أن مسألة تحديده تكون صعبة في بعض الحالات ، كحالة التعاقد بين غائبين أو عن طريق الرسائل والبرقيات.

2 – القيمة التوطينية لمكان تنفيذ العقد :

إن غياب الإختيار الصريح للأطراف بشأن القانون الواجب التطبيق على العقد ، وفي ظل وجود مؤشرات وقرائن توطين مكان تنفيذ العقد ، يمكن للمحكم أن يستند عليها للإعتداد بقانون دولة تنفيذ العقد. بوصفه تعبيرا عن إرادة المتعاقدين الضمنية في اختيار قانون مكان تنفيذ العقد ، لتطبيقه على موضوع النزاع(3).

غير أنه ما يؤخذ على مكان الإبرام يؤخذ على مكان التنفيذ أيضا. فقد يصعب في بعض الأحيان الأخذ بمكان تنفيذ العقد ، واعتباره مؤشرا على أن الإرادة الضمنية للأفراد اتجهت إلى إعمال قانون مكان التنفيذ ، لا سيما إذا كان التنفيذ يتم في أكثر من دولة.

1- راجع في هذا الصدد:
هشام علي صادق – المرجع السابق – ص 319 وما بعدها .

2 – أنظر الحكم التحكيمي الصادر عن هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية ، الصادر في القضية رقم 5730 لسنة 1988 (منشور في جريدة القانون الدولي ، لسنة 1990 ص 1029 ، مع تعليق ديرين DERAIN).

3- نقض مدني فرنسي صادر في 1952/04/24 (منشور في المجلة الإنتقادية لسنة 1952 ص 502 مع تعليق مونتلكسي).

3 – القيمة التوطينية لمكان التحكيم :

إن اختيار أطراف النزاع للمكان الذي يجري فيه التحكيم ، قد يفترض فيه أن الأطراف اتجهت إلى تطبيق قانون مكان التحكيم على العقد موضوع المنازعة في حالة غياب الإختيار الصريح للقانون المختار.

لذا يرى الفقه(1) أن حرص المتعاقدين النص على إخضاع المنازعة في العقد لإختصاص محاكم دولة معينة يعد دلالة على إرادتهم الضمنية في تطبيق قانون هذه الدولة.

غير أن القيمة التوطينية لمكان التحكم لم تسلم أيضا من الإنتقاد ، لأن اختيار مكان التحكيم قد يكون راجعا إلى بحث أطراف النزاع عن مكان يمثل موقعا حياديا ، أو أنه المكان المناسب للتحكيم، كما أن مكان التحكيم قد يكون غير ثابت ، أي يكون التحكيم واجتماع المحكمين في عدة أماكن ، وليست في دولة واحدة.

لذا يرى – جولدمان – "أن اختيار مكان التحكيم عموما غير مرتبط بالنزاع ، وفي أغلب الأحيان أجنبي على النزاع"(2).

تلك هي أهم المؤشرات الرئيسية عن الإرادة الضمنية ، وهناك مؤشرات ودلائل لتوطين العقد لإستدلال على اختيار الأطراف في تطبيق قانون معين على موضوع المنازعة المثارة في العقد ، كاللغة وشكل العقد ، أو الجنسية المشتركة للأطراف ، أو محل إقامة المتعاقدين ، إلا أن هذه المؤشرات كما سبق القول تختلف حسب درجتها وقوتها في الإستدلال على أن اختيار الأطراف يتجه إلى قانون معين.

ـــ لكن المشكل الذي يثار هو : ما هو الحل في حالة غياب الإرادة الصريحة وعجز المحكم على الكشف عن الإرادة الضمنية ؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال الفرع الثاني.

---

1 – راجع رأي باتيفول ولاجارد مشار إليهما في (مؤلف هشام علي صادق – المرجع السابق – ص 321 ، كما أن أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم يرون بأن المحكم كالقاضي لذا يتوجب عليه أن يطبق القواعد القانونية للبلد الذي يمارس فيه اختصاصه لكونه يكون على علم بقانون البلد الذي يكون فيه التحكيم ، أكثر من القوانين الأخرى.

2 - B. Goldon : L'arbitrage Commercial International« J.C.L Fasc 586-3 droit. Inter 1989 » p13.

الفـــرع الثانـــي : إعمال المحكم لقواعد التنازع

قد يتفق الأطراف على تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النـــزاع كما أنه قد لا يفصح هـــؤلاء الأطراف على اختيارهم هذا ، ولا يستطيع المحكم عن طريق المؤشرات الضمنية الكشـــــف عـــن الإرادة الضمنية للأطراف في تطبيق قانون معين.

يرى الفقيه أبو زيد رضوان – "أن التصدي لهذا المشكل الذي لم يعين أطراف المنازعة المطروحة على التحكيم القانون الذي يحكم موضوع منازعتهم ، سواء بشكل صريح أو عـــن طريـــق المؤشـــرات الضمنية ، فإنه يقع على عاتق المحكم الدولي أن يتصدى لهذا المشكل ، أي بتبيان القانون الـــذي يحكـــم موضوع النـــزاع من خلال اعماله لقواعد تنازع القوانين"(1).

وإن كان البعض(2) يرى بأن المحكم يختلف عن القاضي الوطني ، فهذا الأخـــير ملـــزم باتبـــاع القواعد القانونية لدولته ، والتي يصدر أحكامه باسمها وبالتالي يتبع قواعد الإسناد التي يوجبها هذا القـــانون لتحديد القانون الذي يحكم موضوع المنازعة التي تطرح عليه ، فالأمر يختلف بالنسبة للمحكم الدولي لأنـــه ليس له قانون إختصاص مرجعي ولا تصدر أحكامه باسم تلك الدولة ، وعليه فهو لا يخضع إلى سيادة أي دولة ، ولا يمتلك قانون اختصاص « Lex Fori » يلجأ إليه لتحديد قواعد التنازع التي بموجبها تعين القـــانون الواجب التطبيق على موضوع النـــزاع فإن البعض الآخر(3) يرى بأن المحكم يتمتع بقدر مـــــن الحريـــة والسلطة التقديرية عند بحثه عن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، ومن خلال إعمـــال قواعـــد تنازع القوانين ، فالمحكم الدولي على خلاف القاضي الوطني يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النـــزاع ، في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للخصوم(4).

---

1 – أبو زيد رضوان:" الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي "مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني السنة الرابعة لسنة 1980 ص 32.

2 – وهم أنصار نظرية الطبيعة العقدية للتحكيم الذين يرون بأن اللجوء إلى التحكيم أساسه يكمن في العقد المبرم بين أطراف النـــزاع للجـــوء إلى التحكيم التجاري الدولي ، بشأن المنازعات المثارة أو التي يمكن أن تثار بينهم ، وأن ما يصدر عن المحكم من قرارات أو أحكام تحكيمية مـــا هي إلا انعكاسا لإرادة الأطراف في العقد المبرم بينهم ، فهذه القرارات أو الأحكام تأخذ الصفة التعاقدية.

3 – وهم أنصار نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم ، حيث يرون في التحكيم بأنها سلطة قضائية خاصة منحت للمحكم التي هي في الأصـــل مهمـــة القاضي للفصل في النـــزاعات المثارة بشأن العقد المبرم بين أطرافه ، والقرارات أو الأحكام التحكيمية الصادرة عن المحكم وإن كانت تســـتمد أساسها من الإتفاق التحكيمي فهذا الأخير يمنح للمحكم سلطة في ذلك ، أي في إصدار الأحكام التحكيمية والفصل في النـــزاعات المعروضـــة عليه بموجب القانون.

4 – كمال إبراهيم : "التحكيم التجاري الدولي" دار الفكر العربي الطبعة الأولى لسنة 1991 ، ص 145.

كما أن التأكيد على هذه السلطة التقديرية للمحكم له ما يفسره ، خاصة في حالة سكوت الأطراف على تحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع المعروض عليه ، لذا عملت العديد من الإتفاقيات الدولية ، على تأكيد هذه المسألة ، من ذلك الإتفاقية الأوروبية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي (جنيف 1961) ، حيث تنص المادة 7 الفقرة الأولى منها ، على أن "للأطراف الحرية في الإتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق وفي حالة عدم الإتفاق على المحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين التي يروها ملائمة في الحالة المعروضة".

وكذلك الحال بالنسبة لقواعد التحكيم والتوفيق لدى غرفة التجارة الدولية التي صدرت سنة 1975 ، وعدلت سنة 1988 ، حيث جاء في المادة 13 الفقرة الثالثة منها ما يلي :

"للطرفين كل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع ، فإذا لم يحدد طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الخصوص".وعليه فالمحكم قد يخول له حق اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، في حالة سكوت الأطراف عن ذلك ، وفق السلطة التقديرية ، على أن يكون اختياره لقانون معين يكون الأنسب والأكثر إرتباط بموضوع النزاع(1).

ولتأكيد صفة الملائمة والإرتباط للقانون المختار من طرف المحكم لموضوع النزاع والذي بموجبه يحدد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، قد يلجأ المحكم الدولي إلى الأخذ بما يلي :

1 ـ الأخذ بقواعد التنازع للبلد الذي يجري فيه التحكيم :

يرى الأستاذ "جورج سوزر هيل" :"أنه في حالة غياب اختيار الخصوم الصريح أو الضمني في العقد لقانون وطني يحكم موضوع النزاع ، فإنه ليس أمام المحكم إلا أن يعمل قواعد تنازع القوانين في قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم ، لتحديد القانون الذي يحكم المنازعة(2).

---

1 - كمال ابراهيم – المرجع السابق – ص 146.

2 - هذا الرأي يؤيده كثير أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم ، حيث يرون أن المحكم يتوجب عليه تطبيق القواعد القانونية للبلد الذي يجري فيه التحكيم فهو كالقاضي الوطني عند إعماله لقانون الإختصاص الذي يستمد منه سلطته ، ولقد جرى التأكيد على هذا الرأي في توصية أمستردام لمعهد القانون الدولي العام ، والتي تم اعتمادها كقواعد سميت بقواعد أمستردام عام 1957 ، والتوصية رقم 11 من القواعد المذكورة تذهب إلى القول باتباع قواعد الإسناد المعمول بها في المكان الذي يجري فيه التحكيم لتحديد قانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. راجع في هذا الصدد : كمال إبراهيم – المرجع السابق – ص 148

فالمحكم كالقاضي لذا يتوجب عليه أن يطبق القواعد القانونية للبلد الذي يمارس فيه سلطته للحكم في النـــزاع(1) غير أن هذا الرأي يولى لمكان التحكيم أهمية كبيرة في تحديد قواعد التنازع الـــتي تحـــدد القانون الواجب التطبيق على موضوع النـــزاع ، في حين أن إرادة الأطراف قد تلجأ إلى ذلـــك المكـــان لكونه يعد الأكثر ملائمة لممارسة التحكيم أو يمثل موقعا محايدا ، كما أن مكان التحكيم قـــد يصعـــب تحديده في حالة ما إذا كان المحكمون يجتمعون في عدة أماكن أي في عدة دول.

2 - الأخذ بقواعد التنازع لبلد موطن الطرفين المشترك أو جنسيتهما المشتركة :

هناك من يرى بأنه في حالة غياب الإختيار الصريح أو الضمني لقانون وطـــني يحكـــم موضـــوع النـــزاع من أطراف المنازعة ، يلجأ المحكم إلى قواعد التنازع القوانين للبلد الذي فيه الإقامة المشـــتركة أو الجنسية المشتركة لأطراف النـــزاع ، على اعتبار أن الأطراف لا تختلف عن إعمال المحكم لقواعد تنـــازع البلد الذي فيه إقامة أو جنسية مشتركة(2).

ينتقد هذا الرأي أيضا ، لأنه في الغالب لا يحمل أطراف النـــزاع جنسية مشتركة ، فقد يتحقق وأن تكون للأطراف عدة جنسيات ، كما أن الإقامة المشتركة للأطراف ، لا تكون إلا نتجة صدفة لا سيما في مجـــلل التجارة الدولية.

3 - الأخذ بقواعد التنازع للبلد الذي سينفد فيه قرار التحكيم :

ففي حالة غياب الإرادة الصريحة وعدم معرفة الإرادة الضمنية للأطـــراف في اختيـــار القـــانون الواجب التطبيق على موضوع النـــزاع ، يمكن للمحكم أن يلجأ إلى إعمال قواعد التنـــازع في قـــانون الدولة التي سيطلب فيها تنفيذ قرار التحكيم ، وهذا نتيجة حرص المحكم الذي يصدر قراره للتنفيـــذ دون أن يعترض على تنفيذه من طرف دولة التنفيذ(3).

غير أن هذا الرأي يؤخذ عليه في كونه يستبق عمل المحكم الذي يحكم موضوع النـــزاع لذا يقـــول الأستاذ "لاليف" أن هذا الحل وهميا ولا حاجة للتأكيد على الصعوبات العملية التي تعترضه ، كمـــا أنـــه

1 - كمال ابراهيم – المرجع السابق – ص 148.

2 - فوزي محمد سامي – المرجع السابق – ص 193.

3 - أنظر نص المادة 5 الفقرة الثانية البند (ب) من إتفاقية نيويرك لسنة 1958 ، الخاصة باعتماد القرارات الأجنبية وتنفيذها ، حيث تقضي بعـــدم جواز الإعتراف بقرار التحكيمي ، وتنفيذه ، إذا أثبت أنه يخالف النظام العام في دولة التنفيذ.

كيف يمكن تحديد البلد المذكور إذا كانت هناك عدة بلدان للتنفيذ (1). إضافة إلى ذلك فإن الأخذ بقواعد التنازع للبلد الذي سينفذ فيه قرار التحكيم لا يمكن التأكيد فيه على تنفيذه في تلك الدولة ، فقد ترفض هذه الأخيرة الإذن بتنفيذه ، تطبيقا لمبدأ المعاملة بالمثل في الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية بالنسبة لدولة أحد الأطراف(2).

وهناك من يجعل من قانون الدولة - الهيئات القضائية - المختص أصلا ، والمستبعد بموجب اتفاق التحكيم أو القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم معيارا لتحديد قواعد التنازع التي بموجبها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو قانون التنازع للبلد الذي ينتمي إليه المحكم(3).

وإننا نلاحظ أن هذه المعايير وإن تعددت في تحديد القواعد الخاصة بالتنازع ، لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، فهي تختلف من حيث أهميتها وترجيحها يكون حسب طبيعة العقد وموضوع النزاع المثار ، لذلك نؤكد على ضرورة رقابة قاضي دولة التنفيذ على القرارات التحكيمية التي تصدرها الهيئة التحكيمية ، ضمانا لعدم المساس بحقوق الأطراف أو بالأحرى الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

إضافة إلى ذلك فالبعض من هذه المعايير قد لا تمكن المحكم من تطبيق قواعد التجارة الدولية التي تكتسي أهمية بالغة في مجال حل منازعات التجارة الدولية ، خاصة وأنها أوجدت أساسا لإستجابتها لمقتضيات العلاقات الإقتصادية الدولية.

المطلب الثالث : تطبيق المحكم لقواعد التجارة الدولية

ارتأينا أن نخصص لهذه المسألة مطلب مستقلا لأنها من الأهمية بمكان ، حيث يمكن أن تتجه إليها إرادة الأطراف صراحة إلى تطبيقها على موضوع النزاع ، أو تكون نتجة توطين العقد أو نتيجة إعمالها من طرف المحكم لكونها الأنسب والأكثر إرتباطا بموضوع المنازعة.

1 - راجع رأي الأستاذ لاليف مشار إليه في مؤلف: فوزي محمد سامي – المرجع السابق – ص 194.

2 - راجع نص المادة الأولى الفقرة الثانية من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 السابقة التي تجيز الإعتماد أو الانضمام إليها على أساس المعاملة بالمثل .

3 - راجع في هذا الصدد :
فوزي محمد سامي – المرجع السابق – ص 192 وما بعدها.

كما أن تزايد الحاجات الإقتصادية لا سيما في المجال الدولي تستدعي وجود قواعد قانونية تتلاءم وطبيعة هذه العلاقات والتصرفات في ميدان العقود الدولية ، ولقد تنبهت إلى ذلك بعض المجتمعات القديمة(1) ، بإخضاع العقود الدولية ، لقواعد خاصة تستجيب وطبيعتها ، وتطبيقها لا يحتاج إلى تدخل قواعد تنازع القوانين ، بل أن المحكم لا يلجأ إلى المنهج التقليدي (منهج تنازع القوانين) أصلا ، لا سيما وأن إرادة الأطراف قد تنصرف إلى تطبيقها صراحة بالنص عليها في اتفاق التحكيم.

ويرى الفقيه- أحمد عبد الكريم سلامة - أنه "قانون مادي يشمل على قواعد موضوعية أو مادية توضع أحكاما موضوعية خاصة بالعلاقات الدولية ، فهي تشكل قانونا خاصا بالمقارنة بالقانون العام الداخلي ، وتأخذ في الإعتبار الصفة الدولية للروابط العقدية ، كي تخضع لهذا النظام القانوني المختلف عن ذلك الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة"(2).

ويعرفه أيضا الفقيه - جولدمان - بقوله" أن قانون التجارة الدولية المادي الذي يصطلح عليه بقانون التجار - Lex Mercatoria - وهو عبارة عن مجموعة من المبادئ والأنظم والقواعد المستقاة من كل المصادر التي تغذي بإطراد ، وتستمر في تغذية الهياكل والسير القانوني ، الخاص بجماعة ممارسي التجارة الدولية (3).

وعلى ضوء هذين التعريفين يمكن أن يثار السؤال التالي : ماهي مصادر قواعد التجارة الدولية التي يمكن للمحكم تطبيقها في منازعات التجارة الدولية ؟ للإجابة عن هذا السؤال يقتضي منا البحث عن مصادر هذه القواعد التي يمكن أن تطبق على منازعات التجارة الدولية ، مبرزا من خلال ذلك إمكانية إعمال المحكم لتلك القواعد.

إن وجود القواعد المادية للتجارة الدولية ، كان نتجة العلاقات التعاقدية التي تبرم بين الأطراف والخاضعة أصلا للتشريع الداخلي ، غير أن هذا الأخير يمكن أن يسرد بعض القواعد المادية لتنظيم عقود

---

1 - لم يعرف القانون الروماني مشكلة تنازع القوانين ، ومع ذلك أدرك الفقه القانوني عدم ملائمة قواعد القانون الروماني على العلاقات التجارية التجارية الناشئة بين التجار المنتمين إلى روما وغيرهم من الأجانب ، فعمل على إيجاد قانون خاص سموه بقانون الشعوب Jus-Gentium احرصوا على إخضاع هذه العلاقات له ، وبهذا كان الرومان من الأوائل من وضعوا قواعد مادية لحكم الروابط القانونية المختلطة والناشئة بين سكان المدن المختلفة ، لموافقتها وطبيعة هذه الروابط ذات الصبغة الدولية.

2 - أحمد عبد الكريم سلامة – المرجع السابق – ص 282.

3 - جولدمان مشار إليه في: أحمد عبد الكريم سلامة – المرجع السابق – ص 283.

التجارة الدولية ، كما أن القضاء الداخلي قد يستقر على تطبيق بعض القواعد المادية في منازعات التجارة الدولية المثارة أمامه.

إضافة إلى ذلك فإنه على المستوى الدولي نجد أن الإتفاقيات والأعراف الدولية والمبادئ العامة المشتركة بين الدول تعد مجالا خصبا لإستقاء المحكم بعض القواعد لتطبيقها على عقود التجارة الدولية.

وعليه سنحاول دراسة هذا الموضوع فيما يلي :

الفرع الأول : القواعد المادية ذات الأصل الداخلي.

قد يتصدى المشرع الداخلي لدى بعض الدول لتنظيم عقود التجارة الدولية بوضعه قواعد مادية تتلائم وطبيعة العقود ، كما أن القضاء الداخلي في غياب تشريع ينظم هذه العقود قد يستقر على تطبيق بعض القواعد المادية ذات الطابع القضائي على تلك العقود ، مما يؤدي بالمحكم الدولي إلى إعمالها في النزاعات المثارة أمامه ن على أساس إستجابتها لمقتضيات التجارة الدولية أو نتجة قبولها من الأطراف في نزاعاتهم التجارية الدولية.

أولا : القواعد المادية ذات الأصل التشريعي الداخلي :

هناك من التشريعات الداخلية التي تضع بعض القواعد المادية لتحكم العقود التجارية الدولية ، ويراعي المشرع عند وضعها وصياغتها خصوصيات العلاقات التجارية الدولية(1) ، كتقنين التجارة الدولية التشيكي الصادر في 4 ديسمبر 1963 والذي بدأ به العمل في 1 جانفي 1964 (2) ، ومدونة العادات التجارية اليوغسلافية (سابقا) التي أقرها المحكمة الإقتصادية العليا سنة 1954 ، وكذلك تقنين العقود الإقتصادية الدولية لجمهورية ألمانيا الديمقراطية (سابقا) الصادر في 5 فيفري 1976.

1 - الطيب زروتي "مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية الجزء 35 رقم (1) سنة 1997 ص 88.

2 - راجع هذا القانون ، منشور في المجلة الدولية للقانون الدولي المقارن ، باريس سنة 1964 الصفحة 565 وما بعدها.

فهذه التشريعات وغيرها والذي يعد مصدرها وطني ، قد شرعت أساسا لإستجابة إلى الإعتبارات الدولية للعقود المبرمة بين الأطراف ، لذا يراعي فيها المشرع عند وضعها الطابع الحاصل الذي يتسم بـه العقد الدولي.

غير أن ما يوخذ على هذه التشريعات أنها تشترط في تطبيقها أن تشير قواعد الإسناد أو تتفق الأطراف على تطبيقها(1).

ثانيا : القواعد المادية التي أقرها القضاء الداخلي :

من بين القواعد التي استقر عليها القضاء الداخلي ، صحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية واستقلال شرط التحكيم ، ولجوء الدولة والأشخاص العامة للتحكيم الدولي والتي تبرمها استجابة لمتطلباتها التجارية الدولية ، رغم بطلانها في عقود القانون الداخلي.

فقد أقر القضاء الفرنسي قاعدة صحة شرط الذهب في مجال العقود الدولية في قضية الإرساليات البحرية -Les méssageric maritimes- مع أنه في العقود الداخلية هو شرط باطل ، فقد أيدت محكمة النقض الفرنسية في هذه القضية ما ذهبت إليه محكمة الإستئناف ، حيث قضت هذه الأخيرة بأنه في مجال التسوية الدولية تكون الإتفاقات التي يترتب عليها شرط الوفاء بالذهب شريعة الأطراف وعليه يتعين احترام مضمون الإتفاق كما حدده الأطراف(2).

ـــ أما بالنسبة لإستقلالية شرط التحكيم يتأكد فيها انتهت إليه محكمة إستئناف باريس بحكمها الصادر في 13 ديسمبر 1965 ، حيث كان الأمر يتعلق بعقد مبرم بين شركة هولندية وأحد الفنرسيين ، أدرج فيه شرط التحكيم ، ونتيجة خلاف بين المتعاقدين ، رفع الطرف الفرنسي دعوى أمام المحاكم الفرنسية ، دفع الطرف الهولندي بعدم إختصاص القضاء الفرنسي ، إستنادا لشرط التحكيم المدرج في

1 - ففي القانون التشيكي والقانون المشار إليها يشترط في الأول وبموجب المادة (3) منه على أن القواعد المادية التي يتضمنها التقنين السالف الذكر لا تطبق إلا إذا كان القانون التشيكي هو القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد ، وبصفة خاصة فيما لو كان المتعاقدان قد اتفق على اختيار هذا القانون لحكم الرابطة العقدية رأي تطبيقه بوصفه قانون الإرادة).
(راجع هذه المادة من نفس القانون في مجلة القانون الدولي المقارن باريس سنة 1964 ص 565).
أما بالنسبة للتشريع الثاني والخاص بالعقود الإقتصادية فإن المشرع الألماني يشترط فيه هو الآخر لتطبيقه أن تشير قواعد الإسناد باختصاص القانون الألماني (راجع نصوص هذا القانون الألماني في مجلة -CLUNET- كلينيه لسنة 1977 ص 418.
وأيضا بالنسبة لمدونة العادات التجارية اليوغسلافية (مشار إليه في طيب زروتي- المقال السابق -ص 88).
2 - راجع حكم النقض المدني الفرنسي الصادر في 1950/06/21 (الهامش : ص 41 من بحثنا)

العقد ، والذي يقضي بضرورة اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المثارة بين المتعاقدين ، ودفع الطرف الفرنسي بكونه ليس تاجرا وأن الطبيعة المدنية للعقد تحول دون صحة شرط التحكيم ، غير أن محكمة الإستئناف قضت في مضمون حكمها "بأنه تتوفر للعقد الصفة الدولية وأنه يتعلق بمصالح التجارة الدولية ، ودون أن يكون هناك مجالا في هذه الحالة للبحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد ، فإنه يكفي التأكيد على استقلال شرط التحكيم المنشئ للتحكيم في العقد الدولي ، واعتباره حق عدة مادية في القانون الدولي الخاص ، فهذا الشرط يكون صالحا للإستقلال عن الرجوع إلى قانون أية دولة ..."(1).

— فبهذا الحكم أكد القضاء الفرنسي على استقلال شرط التحكيم واعتباره قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص لا تترك المجال لإختصاص التشريعي لأية دولة بموجبه ، ولقد لقي هذا الشرط اعترافا من طرف القانون الدولي قصد سد الحاجات المتزايدة للتجارة الدولية ، وملائمتها لطبيعة العقد الدولي.

— أما بالنسبة لقاعدة صحة لجوء الدولة والأشخاص الإعتبارية العامة للتحكيم فقد تأكد في العديد من الأحكام القضائية ، كحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1964/04/14 (2) ، والذي تم فيه التأكيد على حق الدولة والأشخاص الإعتبارية العامة في اللجوء إلى التحكيم في مجال عقود التجارة الدولية رغم المنع الذي تفرضه المادتين 83 و1004 (3) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ، حيث قررت المحكمة أن الحظر المقرر في القانون الداخلي (الفرنسي) على حق الدولة والأشخاص الإعتبارية العامة هو حضر يعتلق بالعقود الداخلية ، ولا يمتد إلى الروابط العقدية التي تتسم بالطابع الدولي.

وبهذا يكون القضاء قرر فعليا صلاحية أو مبدأ صحة لجوء الدولة والأشخاص الإعتبارية العامة للتحكيم في العقود التي تتصل بمصالح التجارة الخارجية ، تأكيدا منها على ضرورة مواكبة الدولة

---

1 – حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 1975/12/13 (منشور في مجلة CLUNET – كلينيه – لسنة 1977 ص 106 مع تعليق لوكلين LOQUIN ، وأيضا حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1972/06/04 الذي أكد فيه على استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي هي قاعدة واجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية بصرف النظر عما يقضي به القانون الداخلي المختص (منشور في مجلة CLUNET – كلينيه – لسنة 1973 ص 62 مع تعلق أوبتيت OPPETIT).

2 – نقض مدني فرنسي في 1964/04/14 (منشور في دالوز لسنة 1964 ص 237) وأيضا حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1966/05/12 (منشور في المجلة الإنتقادية لسنة 1967 ص 553 مع تعليق جولدمان).

3 – وتقابلها المادة 442 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية الجزائري (الملغاة) عوضت بالمادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 93-09 ، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على ما يلي :

"لا يجوز للدولة ولأشخاص الإعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

في حين تنص المادة الأولى من المرسوم التشريعي السالف الذكر على ما يلي :

"لايجوز للأشخاص المعنويين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقتهم التجارية الدولية".

والأشخاص الإعتبارية العامة لحاجيات التجارة الدولية ، مما أدى بهذه القاعدة المادية إلى تأكيدها في مختلف التشريعات الداخلية.

من خلال بعض أحكام القضاء السالفة الذكر تؤكد حقيقة في إيجاد بعض القواعد المادية التي تأكد إعمالها في منازعات التجارة الدولية.

غير أن ما يؤخذ على هذه القواعد المادية الخاصة بالروابط العقدية الدولية سواء كانت ذات طابع تشريعي أو قضائي ، في كون التصدي بوضعها من طرف كل دولة ، على حدى سوف يعمق الخلاف بين الأنظمة القانونية الداخلية في شأن الحلول الواجبة الإتباع على العلاقات التجارة الدولية(1).

وإن كنا نلاحظ أن التشريع والقضاء الداخلية يمكن أن يلعب دورا مهما في إيجاد بعض القواعد المادية التي تتلاءم وحاجات التجارة الدولية ، لا سيما وأن منازعات التجارة الدولية تكون بين أفراد ينتمون إلى دول ، وهذه الأخيرة تعمل على خلق قواعد تضمن لهم حقوقهم ووفقا ما تتطلبه التجارة الدولية. كما أن مجال التجارة على الصعيد الدولي قد يؤكد على بعض القواعد المادية ويعززها ويبتعد على بعض القواعد الأخرى ويضمحلها.

الفرع الثاني : القواعد المادية ذات الأصل الدولي :

قد تلجأ الدول إلى إبرام بعض الإتفاقيات الدولية المتعلقة بمجالات التجارة الدولية قصد تنظيمها وتوحيد بعض النظم القانونية الخاصة بها ، كما أن الوسط التجاري الدولي قد يعتاد على بعض القواعد ويثبت إستمرارها المهتمين بالتجارة الدولية ، رغم أنها قد تعتبر عادات وأعراف لقت اهتماما في مجال التجارة الدولية ، إلا أنها تعد من أهم مصادر القواعد المادية للتجارة الدولية والتي قد يلجأ المحكم إلى إعمالها .

أولا : الإتفاقيات الدولية :

تعد الإتفاقيات الدولية من بين أهم مصادر القواعد المادية للتجارة الدولية ، فقد تلجأ الدول إلى توحيد بعض النظم القانونية الخاصة بعقود التجارة الدولية ، كاتفاقية جنيف لسنة 1930 وسنة

1 - هشام علي صادق – المرجع السابق – ص 546.

1931 ، المتعلقة بأحكام السفتجة والسندات الإدنية والشيك (1) ، وأيضا إتفاقية لاهاي لسنة 1964 ، المتضمنة القانون الموحد للبيوع الدولية للمنقولات المادية ، واتفاقية بروكسل لسنة 1924 المتعلقة بسندات الشحن والمعدلة ببروتكول سنة 1968 ، واتفاقية فينا المبرمة في 1980/04/11 ، الخاصة بالبيوع التجارية الدولية(2).

وتجدر الإشارة أن الإتفاقية التي تعمل على توحيد قواعد الإسناد بين الدول التي تصادق عليها مثل إتفاقية روما لسنة 1980 ، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية ، والإتفاقيات التي تتصدى مباشرة للعقد الدولي ، بقواعد مادية دون تحديد المعايير المتبعة لإختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي كلاهما يعد من المصادر الدولية لقانون التجارة الدولية(3).وعليه فإن هذه الإتفاقيات الدولية التي تتضمن قواعد مادية يمكن أن تتصدى لمنازعات التجارة الدولية ، وتطبيقها قد يتم دون حاجة المحكم إلى إعمال منهج تنازع القوانين ، لتقدم مباشرة حلا للنزاع المعروض على هيئة التحكيم والذي يتضمنه القرار التحكيمي الصادر عنها.

غير أن ما يؤخذ على هذه الإتفاقيات الدولية أنها قد تفقد طابعها كقواعد دولية موضوعية إذا ما تبنتها الدول في تشريعاتها الداخلية حيث تصبح جزء من قانونها الداخلي ، فتطبق على العلاقات الداخلية والخارجية دون تميز كاتفاقية جنيف لسنة 1930 و سنة 1931 ، المتعلقة بتوحيد أحكام السفتجة والسند لأدن والشيك ، كما أن تطبيقها يقتضي أن يكون أطراف النزاع ينتمون للدول المتعاقدة.

إضافة إلى ذلك فإنه هذه الإتفاقيات وإن كانت ترمي إلى فض ظاهرة التنازع في مهدها بين الدول المتعاقدة في شأن المسألة محل التوحيد ، إلا أنها لم تحل في بعض الأحيان دون قيام الخلاف في كل

1 - إنعقد مؤتمر جنيف الأول في 1930/01/07 المتعلق بتوحيد الأحكام المتعلقة بالسفتجة والسند لأمر أما المؤتمر الثاني إنعقد سنة 1931 ، وهو يتعلق بتوحيد الأحكام المتعلقة بالشيك ، حيث وقعت عليها 26 دولة ، وتبنت الجزائر العديد من أحكامها ، وهذا من خلال تبنيها لأحكام القانون التجاري الفرنسي (راجع في هذا الصدد : نادية فضيل – الأوراق التجارية في القانون الجزائري – دار هومة سنة 1998 ص 14).

2 - راجع العديد من الإتفاقيات الدولية في مؤلف :

منير عبد المجيد "التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي" منشأة المعارف لسنة 1997 ص 47.

3 - راجع في هذا الصدد :

منير عبد المجيد – المرجع السابق – ص 47 وما بعدها.

من هذه الدول حول تفسير النص الموحد(1). لذا يبقى منهج الإسناد مستعيدا لدوره ولو جزئيا ، حيث يزاحمها في التطبيق بصفة عرضية بمناسبة تكيفها أو تفسيرها(2).

ثانيا : العادات والأعراف التجارية الدولية :

يرى الفقيه منير عبد المجيد : "بأن العادات والأعراف الدولية تمثل تنظيما جديدا من الأحكام الموضوعية الموحدة التي درج المتعاملون على اتباعها ، وتجد مصدرها في عادات وأعراف المهنة والسوابق القضائية نتيجة الجهد الإنشائي لقضاء التحكيم الذي يقوم بدور فعال في خلق هذه القواعد ، وهي قواعد تلقائية النشأة في إطار الأوساط المهنية والتجارية التي ترتبط بأكثر من دولة ، وتستجيب إلى متطلبات التجارة الدولية"(3).

وقد عملت العديد من المؤسسات المهنية والتجارية المتخصصة لتقنين هذه العادات والأعراف ضمن الشروط العامة للعقود النموذجية لكل مهنة أو تجارة ، كما هو الحال بالنسبة للشروط النمطية التي وضعتها جمعية لندن لتجارة القمح التي تأسست سنة 1877 ، والجمعية الأمريكية لتجارة الحرير التي أنشئت سنة 1873 ، وكذلك الشروط التي وضعتها بعض المؤسسات المهنية ذات الطابع الدولي كاللجنة الإقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة التي أنشئت سنة 1947 ، إضافة إلى ذلك مجموعة المصطلحات التجارة الدولية المعروفة باسم أنكوترمز – incoterms– الصادرة عن غرفة التجارة الدولية سنة 1935(4) ، ومن أمثلة العادات والأعراف التجارية التي نشأت في مجال المعاملات التجارة الدولية ، العادات السائدة في شأن تنظيم الأسواق المالية ، خصوصا أسواق الإفتراض بالأورو أو الدولار –

---

1 – هشام علي صادق – المرجع السابق – ص 550.

2 – الطيب زروتي "مناهج التنازع القوانين في العقود الدولية" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية الجزء 35 رقم 1 لسنة 1997 ص 100.

3. – منير عبد المجيد – المرجع السابق – ص 42.

4 – راجع بصفة خاصة في هذا الموضوع مجهودات المؤسسات المهنية والمتخصصة قصد تقنين عادة وأعراف التجارة الدولية في رسالة الطيب زروتي "النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن" الصفحة 165 وما بعدها لسنة 91/90.
حيث يرى بأن الجهود جاءت في عقود نموذجية وهي عقود جاهزة الإستعمال ما على الأطراف إلا ملء الفراغات الموجودة في العقد المذكور تم وإما في شكل صيغ عامة تحتوي على أحكام موضوعية إستثنائية مصاغة في شكل نصوص قانونية يجوز للأطراف أن يعتدوا بها كلها أو بعضها أو يستبدلوا بها غيرها.

EURO-ADLARS أو الأعراف المستقرة في إطار الإعتماد المستندي(1) ، وعقود التوريدات الدولية(2).

وبهذا تكون الأوساط المهنية والتجارية قد أسهمت فعلا في إيجاد قواعد مادية استقر عليها العمل بين التجار ورجال الأعمال في معاملتهم الدولية ، وجرى على اتباعها في تعاقدهم الدولية.

غير أن بعض الشراح(3) يرون أم مثل هذه العادات والأعراف المهنية التي يطبقها المحكمون في المنازعات الدولية لا تعدوا أن تكون عادات إتفاقية ذات أصل تعاقدي ، فهي لا تلزم المتعاقدين على هذا النحو إلا بوصفها شروطا تعاقدية يضمنها العقد ، وهو ما ينفي عنها صفة العموم والتجريد التي تتمع بها القواعد القانونية.

– فيحين يرى البعض الآخر أن استقرار العمل بهذه العادات والأعراف ، وتكرار تطبيقها على نحو مصطرد وتغلغلها في إطار مجتمع معين يحكم مصالحه المشتركة ثم إدراجها في العقود النموذجية ، أضفى عليها طابع القانون الملزم لتتحول هذه الأعراف من سوابق قضائية إلى قواعد مجردة وهو ما يغني عن خضوع عقود التجارة الدولية لقانون دولة ما ، يفرض على المحكم تطبيق هذا النظام واحترامه(4).

ويبدو أن العديد من التشريعات الدولية تميل إلى الأخذ بالأعراف والعادات التجارية من خلال النص عليها ، كاتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في 1987/04/14 التي تنص في المادة 21 الفقرة الأولى منها على أنه : "تفصل الهيئة – هيئة التحكيم – في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الأطراف وأحكام القانون الذي إتفق عليه صراحة أو ضمنا إن وجد ، وإلا وفق أحكام القانون الأكثر إرتباطا بموضوع النزاع على أن ترعى قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة".

---

1 – من بين الأعراف المستقرة في إطار الإعتماد المستندي ، عدم فسخ العقد عندما ينقضي ميعاد فتح الإعتماد المستندي إلا إذا كان ميعاد الشحن قد انقضى (رجع قرار محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية -CLUNET- لسنة 1974 ص 895.

2 – إن عقود التوريدات الدولية تقتضي مبدأ حسن النية في الإلتزام بالتفاوض في عقد التوريد الذي لم يحدد فيه الأطراف الثمن وعدم الإضرار أي طرف بمصالح الطرف الآخر (حسب ما أكدته محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية CCI في حكمها الصادر في القضية رقم 5953 لسنة 1989 – منشور في مجلة كلينية -CLUNET- لسنة 1990 ص 11065.

3 – راجع في هذا الصدد :

هشام علي صادق – المرجع السابق – ص 155.

4 – راجع في هذا الصدد :

منير عبد المجيد – المرجع السابق – ص 53 وما بعدها وأيضا لاليف مجلة كلينيه -CLUNET- لسنة 1980 ص 959.

كما تشير إلى ذلك الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي (جنيـــف 1961) في المـــادة 7 منـــها ، التي تقضي بضرورة مراعاة هيئات التحكيم لعادات التجارة الدولية.

كما أن أنظمة الهيئات المتخصصة في التحكيم تنص على إمكانية الأخذ بـــالأعراف والعـــادات التجارية في القرارات أو الأحكام التي تصدرها(1) ، كلائحة غرفة التجارة والدولية في المادة 13 الفـــقرة 3 منها ، والمادة 33 الفقرة 3 من نظام التحكيم الذي أعدته لجنة القانون التجاري الدولي التـــابع للأمـــم المتحدة في 1975/12/15.

ثالثا : المبادئ القانونية المشتركة ومبادئ العدالة

إن المجتمع الدولي قد يتفق حول بعض المفاهيم والمبادئ العامة ، نتيجة المشاكل الواحـــدة الـــتي يعيشها في مجال منازعات التجارة الدولية ، وفكرة العدالة والمبادئ القانونية المشتركة تعد من بين الحلـــول التي عمدت إليها هيئات التحكيم الدولي والمنظمات الدولية المتخصصة لحل بها منازعات التجارة الدوليـــة مما يجعلها مصدرا للقواعد المادية للتجارة الدولية والتي يمكن أن تعد الأســـاس والمضمـــون للقـــرارات أو الأحكام التي يصدرها المحكم.

1 – المبادئ القانونية المشتركة

قد يلجأ المحكم في الكثير من الأحيان إلى تطبيق المبادئ القانونية المشتركة أو المبـــادئ العامـــة في القانون ، رغبة منه في تدويل العقد وإخراجه من دائرة إختصاص القوانـــين الداخليـــة ، أو ســـعيا منـــه لإستجابة رغبة الأطراف في ذلك ، ويقصد بالمبادئ القانونية المشتركة النظم القانونية المتكاملـــة للأمـــم المتحدة(2).

---

1 - أنظر :
القرار التحكيمي الصادر عن هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية -CCI- في القضية رقم 3226 لسنة 1979 (منشور في مجلة كلينيه لسنة 1980 ص 959).

2 - René DAVID« L'Arbitrage dans le commerce International» Edition Economica 1981 p 481.

ومن هذه المبادئ القانونية المشتركة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وقاعدة تنفيذ العقود بحسن النية ، وقاعدة كل من تسبب بخطئه في الإضرار بالغير يلزم بالتعويض ، وقاعدة عدم جواز الإثراء بلا سبب ، وعدم التعسف في استعمال الحق ، واحترام الحقوق المكتسبة(1).

وقد تم التأكيد على تطبيق المبادئ المشتركة في العديد من قرارات التحكيم التجاري الدولي، ففي شركة التنمية البترولية ضد شيخ أبو ظبي لسنة 1951 (2) ، حيث إستبعد المحكم الإنجليزي ASQUITH . BICHOPSTON ، قانون أبو ظبي ، مع أنه تم التعاقد في أبو ظبي وكان من المفروض أن يتم تنفيذ العقد كله هناك ، استنادا إلى أن شيخ أبو ظبي يمارس القضاء بسلطة تقديرية واسعة طبقا لمبادئ القرآن الكريم ، ومن غير الممكن في ذلك المجتمع القبلي البدئي ، أن توجد قواعد قانونية تحكم النزاع المطروح ، وأن قانون أبو ظبي لا يمكنه التصدي للمعاملات التجارية ، وانتهى المحكم إلى تطبيق القانون الإنجليزي ، بوصفه تعبيرا عن المبادئ العامة للدول المتحضرة ، رغم أنه لا يوجد أساس لتطبيق القانون الإنجليزي ، كما أن المادة 17 من العقد تنفي ذلك ، فقد أجاز تطبيق القانون الإنجليزي واعتبره جزء من القانون الطبيعي المستقر في الأول المتمدنة(3) ، ليستبعد بذلك تطبيق المبادئ العامة للشريعة الإسلامية على العقد والسارية المفعول في إمارة أبو ظبي.

ـــ أما في قضية أرامكوا – ARAMCO – ضد الحكومة السعودية سنة 1958 ، رأى المحكم الوسيسري سوزرهيل -SUSERHALL – بأن القانون السعودي (القانون المختص) ورغم تطبيقه لمبادئ الشريعة الإسلامية يعد غير كافي ، أي ثمة نقص في القانون الداخلي ، لذا فهو ليس في وسعه أن ينظم علاقات بترولية معقدة ، وأنه يجب تكملته بالمبادئ الدولية للقانون والعادات المتبعة في مجال صناعة البترول(4) ويرى الفقيه روني دافيد : "أنه لا يوجد ما يسيء في تطبيق المحكم للمبادئ العامة للقوانين

1 – راجع العديد من المبادئ القانونية المشتركة التي وردت في مؤلف : هشام علي صادق- المرجع السابق – ص 176.

2 -راجع المجلة الإنتقادية ص 32 لسنة 1956 ، مع تعليق باتيفول ، وراجع أيضا : قرار محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بايس لسنة 1979 ، حيث اعتبرت مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من المبادئ العامة المشتركة لقوانين الأمم المتمدنة ، منشور في مجلة التحكيم لسنة 1983 ص 258 ، وأيضا قرار محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية لسنة 1971 في القضية رقم 1512 حيث أقرت بتطبيق القواعد المشتركة للنظم القانونية للدول المتمدنة ، منشور في مجلة كلينيه -CLUNET – لسنة 1974 ص 910.

3. – الطيب زروتي – المرجع السابق – ص 395.

4 – الطيب زروتي – المرجع السابق – ص 396.

سيما وأن هذه الدول التي تعيش عصرا ترتكز فيها المعاملات الإقتصادية وتراعي الفصل بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص"(1).

– غير أن ما يؤخذ على هذه المبادئ القانونية أنها غير كافية ، فهناك مسائل عديدة ، يجب الرجوع في شأنها إلى قواعد الإسناد : مثل الأهلية ، وعيوب الإرادة ، إضافة إلى ذلك فإن الحلول التي يمكن استخلاصها من هذه المبادئ هي حلول تتصف بطابع العموم (2).

ويرى هشام علي صادق :"أن هذه القواعد المادية ، وإن كانت تعبر عن واقع يتعذر إنكاره ، إلا أنه واقع فرضته الأسواق الدولية التي تسيطر عليها الشركات التجارية والصناعية للدول الغربية المتقدمة ، وبهذه المثابة يبدو من الطبيعي أن تعتبر أحكام هذه المبادئ الوليدة عن مصالح لا تتطابق بالضرورة مع مصالح الدول النامية ومواطنيها من التجار ورجال الأعمال" (3).

وعليه يتبين لنا من القضايا المشار إليها سابقا أنه وإن كانت المبادئ المشتركة للدول تشكل قواعد هامة للتجارة الدولية ، يمكن للمحكم إعمالها في منازعات التجارة الدولية ، غير أنه يقتضي الحرص والحذر في إعمالها لأنها غالبا ما لا تراعي فيها مصالح الدول المتخلفة ، والتسليم بها ترك الحرية للمحكمي تطبيقها كلما تبين له أنها تخدم مصالح الدول المتقدمة ، لا سيما وأن أغلب الأجهزة المتخصصة في مجال منازعات التجارة الدولية تنتمي إلى الدول المتقدمة ، وأن نزاهتها وحيادها مازال محل شك.

2 – مبادئ العدالة

إن العدالة في ميدان عقود التجارة الدولية هي مجموع الأفكار والمفاهيم التي تسود لدى الأوساط التجارية في ضمائر أفرادها ، عما هو حق أو عدل(4) ، ومنازعات التجارة الدولية يجوز تسويتها بطريق التحكيم وفقا لمبادئ العدالة.

---

1 – روني دافيد – المرجع السابق – ص 484.

2 – هشام علي صادق – المرجع السابق – ص 173.

3 – ففي الدول الإشتراكية سابقا التي تقدم مصالح الجماعة على الفرد تختلف عن الدول الرأسمالية التي تعزز من المصلحة الفردية على الجماعة ، وبالتالي فالتباين بين أنظمتها يتبعه اختلاف القواعد المادية ، فحسن النية وإذا كان متحقق في النظامين فمفهومه يختلف في كل منهما ، فلا يجوز الإضرار بمصالح الجماعة في الدول الإشتراكية ، ولو كان ذلك بحسن النية ، بينما في الدول الرأسمالية فهي لا تولي عناية معتبرة لذلك. (راجع في هذا الصدد مؤلف : كمال ابراهيم – المرجع السابق – ص 104 وما بعدها).

4 – أحمد عبد الكريم سلامة – المرجع السابق – ص 200.

ومن أمثلة القواعد التي استلهمها التحكيم باسم العدالة فكرة إعادة التوازن الإقتصادي في العقود التجارية الدولية الممتدة لفترة طويلة ، مثل عقود الإنتاج ، وذلك عند تغير الظروف على نحو يخل هذا التوازن ويحمل أحد الأطراف عبئا باهضا (1) ، وأيضا فكرة التوزيع المتساوي للمخاطر الناتجة عن القوة القاهرة ، رغم أن القوة القاهرة تعفى أصلا المدين من إلتزامه (2).

ولقد نصت بعض الإتفاقيات الدولية على إمكانية تطبيق قواعد العدالة ، كاتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى المبرمة في 18 مارس 1965 في المادة 42 الفقرة (3)منها،حيث تنص :"أحكام الفقرات السابقة لا تمس بإمكانية المحكمة في أن تقضي وفقا للعدالة إذا اتفقت الأطراف على ذلك" وكذلك إتفاقية جنيف لسنة 1961 ، المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي في المادة 7 الفقرة (2) ، وأيضا اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري في المادة 21 الفقرة (2) ، وإن كان تطبيق قواعد العدالة في منازعات التجارة الدولية يكون باتفاق الأطراف على ذلك في العقد المبرم بينهما عن طريق ما يسمى بالتحكيم الصلح(3)، فإن قواعدها تعد مصدرا مهما لقواعد التجارة الدولية.

ويرى الأستاذ " ديرين – DERAINS – "أن شرط التحكيم مع التفويض بالصلح قد يسمح أحيانا للمحكمين بأن يعطوا للمنازعات التي تخضع لهم ، حلولا تقوم على العدالة والتي ساهمت بتكرارها في خلق قواعد تتساند في تكوين القانون المادي للتجارة الجديد"(4).

ورغم كل هذا فقد أخذ قضاء التحكيم بمبادئ العدالة ، ففي قضية – Sapphir – بين شركة petroleum Sapphir international. ضد الشركة البترولية الإيرانية سنة 1963 قرر المحكم كافن CAVIN. القاضي بالمحكمة الفيديرالية السويسرية تطبيق المبادئ العامة للقانون المطبقة من طرف الدول المتمدنة معلنا ضرورة الفصل في النزاع طبقا لمبادئ العدالة باعتباره موقف وديا(5) وأيضا في قضية

---

1 – وتعرف فكرة إعادة التوازن الإقتصادي للعقد الدولي بـ (Hard-chip) والتي بمقتضاها يستطيع الأطراف إعادة تقييم العقد في حالة ما إذا طرأت عليه تغييرات في معطياته المبدئية ، بحيث تجعل أحد طرفي العقد يتحمل عبئا باهضا على حساب الطرف الأخر ، راجع هشام علي صادق – المرجع السابق– ص 172.

2 – أحمد عبد الكريم سلامة – المرجع السابق – ص 291.

3. – حيث لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقا للمبادئ العدالة ، أي الحكم بغير قواعد القانون إلا إذا أجاز ذلك الأطراف في العقد المبرم بينهم ، وتجدر الإشارة إلى أن القانون الإنجليزي لا يعترف للتحكيم على غير مقتضى القانون ، فقد خلا هذا التشريع من أي نص يجيز للخصوم الإتفاق على إعفاء المحكم من التقيد بقواعد القانون ، راجع في هذا الصدد : منير عبد المجيد – المرجع السابق – الهامش ص 238.

4 – راجع : أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص 293.

5 – نور الدين بكلي " إتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري" رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر لسنة 1995 ص 34.

ليامكو Liamico بين شركة libyan american.oil.company ضد الحكومة الليبية حيث قرر المحكم الفقيه المحمصاني في قراره الصادر بتاريخ 1977/04/12 بجنيف ، تطبيق قواعد العدالة والإنصاف التي تقضي الإعتراف بحق التأميم الليبي مقابل تعويض منصف ، على أساس أن إجراءات التأميم المتخذة تتعارض مع القانون الدولي وأن المبادئ العامة للقانون الداخلي الذي قضى بالتأميم (قانون الليبي) لإستبعاد القانون الليبي وتطبيق قواعد العدالة والإنصاف(1).

غير أن فكرة العدالة يوخذ عليها في كونها مجرد شعور نفسي تختلف بحسب ما يعتقده ظلما أو عدلا ولا يوجد إتفاق على مضمونها(2) ، فكل محكم ينظر إليها بمعيار مختلف ، وهذا النمط من التحكيم يوصف بأنه يحل النزاع أكثر مما يحسمه ، ويغلب فيه روح مصلحه على روح النزاع ، لأن المحكم وفقا لمبادئ العدالة قد يستند إلى معيار شخصي أو ذاتي ينهض على قواعد ليس معترفا بها ، بصفة عامة يمكن أن تكون من صنعه ، أما المحكم طبق القانون ، فيستند إلى نصوص محددة لا مجال للخروج عنها(3).

غير أننا نرى أن العدالة هي مبتغى القاضي أو المحكم وسعي ورائها قد يضمن مصالح الأطراف وإعمالها قد يسد نقص القانون ويطوره ، كلما تبين عجز القواعد القانونية وعدم ملاءمتها للنزاعات المطروحة ، مما يستدعي تعديلها وتغيرها.

يتبين لنا من كل ما سبق أن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والذي يعتبر أساس ومضمون القرار التحكيمي ، لايتأتى إلا من خلال بحث المحكم على هذا القانون في إرادة الأطراف سواء كانت صريحة أو ضمنية أو إعماله لقواعد التنازع أو تطبيقه لقواعد وأعراف وعادات التجارة الدولية للملائمتها لموضوع النزاع المطروح أمامه أو إتفاق الأطراف عليه والتي جاءت أساسا لتلبية حاجات ومتطلبات التجارة الدولية.

1 - ورغم المحاولات العديدة للتنفيذ هذا القرار أمام المحاكم الداخلية الليبية ، إلا أنه لقي بالرفض لمعارضة الحكومة الليبية المبدئي لنظام التحكيم ورفضها المسبق لتعيين المحكم ، منشور في مجلة التحكيم تحت عنوان " العالم الثالث في التحكيم التجاري الدولي "مع تعليق جون باليسون - سنة 1983 ص 29. أنظر هي القرار أيضا في رسالة الطيب زروتي - المرجع السابق - ص 413.

2 - أحمد عبد الكريم سلامة - المرجع السابق - ص 287.

3 - منير عبد المجيد - المرجع السابق - ص 238.

ولإستكمال هذه الدراسة لابد من التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة والتي تكون محور دراستنا في المبحث الثاني.

المبحث الثاني : موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

إن تحديد موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق ، يتأتى من خلال دراسة القانون المدني باعتباره الشريعة العامة ، وقانون الإجراءات المدنية الذي خص بالتحكيم التجاري الدولي ، لا سيما بعد التعديل التشريعي الذي طرأ عليه.

إضافة إلى ذلك الإتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر أو إنضمت إليها و الخاصة بهذا الموضوع أو التي صادقت عليها ، سواء منها الثنائية أو الجماعية.

المطلب الأول : في القانون المدني الجزائري

لقد جاءت أحكام القانون المدني الجزائري بالمادة 18 الفقرة الأولى والتي تنص على ما يلي : "يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ، ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر ، ....".

والملاحظ على هذه المادة أنها جاءت بضابطين للإسناد : قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ، وقانون الإرادة ، وجعلت من قانون محل الإبرام يحتل المرتبة الأولى ، وقانون الإرادة يحتل المرتبة الثانية(1) وهي بذلك قد أثارت إشكالية تعيين ضابط الإسناد الرئيسي فيها.

لذا يرى البعض(2) في هذا الشأن أن المشرع الجزائري أخذ بقانون مكان إبرام العقد كضابط رئيسي ، وفي حالة تعذر إعمال هذا الضابط يلجأ إلى تطبيق قانون الإرادة باعتباره ضابط إسناد احتياطي.

---

1 - وهذا حسب الصياغة الفنية لنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري ، حيث نصت على قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ، ثم جاءت بعده ونصت على قانون الإرادة ، ولكنه طريقة الصياغة توحي بأفضلية القانون المختار عن قانون محل الإبرام.

2 - جورج برار" حلول تنازع القوانين في القانون الجزائري "المجلة الإنتقادية لسنة 1977 ، وهذا الرأي أخذ به فقهاء المدرسة الإيطالية ، حيث كانت العقود تخضع لقانون محل إبرامها ، راجع في هذا الصدد :علي علي سليمان – مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري – ديوان المطبوعات الجامعية ،المطبعة الرابعة لسنة 1993 ص 106.

في حين يرى الفقه الراجح (1) أن ضابط الإسناد الرئيسي في القانون الجزائري هوقانون الإرادة ، بينما قانون مكان إبرام العقد هو ضابط إسناد احتياطي يتعين إعماله في حالة تعذر إعمال قانون الإرادة ، ما أن سيطرة قانون يحتل المرتبة الأولى على حد قول الأستاذ محند إيسعد(2).

مما يفيد أن قانون محل إبرام العقد يأتي في المرتبة الثانية ، وهو ضابط احتياطي يتدخل في حالة غياب قانون الإرادة.

إضافة إلى ذلك فالعبارة الأخيرة من نص المادة 18 الفقرة الأولى (من القانون المدني) تنص على أنه: "ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر " فهي تفيد بأنه في حالة إتفاق المتعاقدين على تطبيق قانون معين لا يمكن أن يتدخل قانون محل الإبرام ، وهي بذلك تجعل من هذا الأخير يحتل المرتبة الثانية يعمل في غياب قانون الإرادة الذي يحتل المرتبة الأولى،كما أن قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة ، قد أصبحت الآن قاعدة تقليدية عالمية(3), تقرها غالبية التشريعات(4).

وإننا نميل إلى الأخذ بالرأي الثاني الذي يجعل من قانون الإرادة ضابط إسناد رئيسي ، وقانون المحل الإبرام ضابط إسناد احتياطي يأتي في المرتبة الثانية بعد قانون الإرادة(5) ، وإلا كيف نفسر مبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، وإمكانية تطبيق قواعد التجارة الدولية.

ـــ غير أننا نتساءل عما إذا كان المشرع الجزائري يعتد بالإرادة الضمنية أم لا ؟.

بالرجوع إلى نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري ، فإنه يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمن ، مما يؤكد صراحة على أخذ المشرع الجزائري بها ، فالإرادة الضمنية هي إرادة حقيقية ولكنها غير

1 - محند ايسعد "القانون الدولي الخاص الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية لسنة 1986 ص 305 ، وأيضا نورالدين تركي "التحكيم التجاري الدولي" ديوان المطبوعات الجامعية لسنة 1999 ص 102 ، وعلي علي سليمان - المرجع السابق - ص 97.

2 - Mohand Issad : “droit international privé” OPU. Alger. 1986. P. 305.

3 -الطيب زروتي - المرجع السابق - ص 224.

4 - راجع ما سبق ص 40.

5 - يرى البعض من أساتذة القانون (محند إيسعد ، علي بن شنب ، محمد حبار ...) أنه كان من المفيد أكثر لو نص المشرع الجزائري على قانون مكان التنفيذ بدلا من قانون محل الإبرام على أساس أن تنفيذ العقد هو القصد النهائي ، وأنه يسهل تركيزه في محل التنفيذ (راجع : الطيب زروتي - المرجع السابق - ص 224 وما بعدها.

معلن عنها صراحة في العقد ، يمكن أن يستخلصها القاضي أو المحكم ، ويستدل عليها بقرائـــن ومؤشرات وهي عديدة.

من أهم هذه المؤشرات(1) التي تمكن القاضي أو المحكم من الكشف عن إرادة الأطراف الضمنيـة لتطبيق قانـون معين ، مكان إبـرام العقد ، مكان التنفيذ العقد ، الموطن المشترك أو الجنسية المشـتركة للمتعاقدين.

1 – مكان إبرام العقد :

يرى فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة أن إخضاع العقد لقانون محل إبرامه(2), مبني علـى أن إرادة المتعاقدين قد إتجهت ضمنا اختيارهما قانون محل الإبرام ليحكم عقدهما(3).

غير أن مكان إبرام العقد يؤخذ عليه في كونه قد يكون عارضا ، ولا يعبر عن الإرادة الحقيقيـة للمتعاقدين ، لإختيار قانونه ، وعمليا فإن أغلب العقود الدولية تبرم صدفة في المراكز التجارية والمعـارض فهذه الأماكن لا تشكل إلا أماكن إلتقاء عارض وليس لها أية علاقة حقيقية فعالة بالعقد مـن الناحيـة الإقتصادية(4)، كما أن تحديده قد يصعب في بعض الحالات مثل العقود التي تتم بالمراسلات.

2 – مكان تنفيذ العقد :

يرى الفقيه سافيني :"أن قانون مكان التنفيذ هو القانون الذي تتجه إليه إرادة الأطراف باعتبار أن تنفيذ العقد هو القصد النهائي ، وإذا تعدد محل التنفيذ العقد ، مما يصعب تحديد القانون الواجب التطبيـق فإنه يؤخذ بقانون مكان التنفيذ الرئيسي"(5).

---

1 – راجع ما تقدم في بحثنا ص 52. (موضوع مؤشرات توطين العقد للإستدلال عن الإرادة الضمنية).

2 – وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا في المادة 18 من القانون المدني الجزائري والقضاء الفرنسي والبلجيكي ، وإسبانيا وإنجلترا. (راجع: نورالدين بكلي – المرجع السابق – ص 124 وما بعدها).

3 – علي علي سليمان – المرجع السابق – ص 106.

4 – الطيب زروتي – المرجع السابق – ص 226.

5 – وقد أيده بعض الفقهاء مثل ستوري وباتيفول ، وأخذ به التشريع الألماني والسويسري(راجع: نورالدين بكلي –المرجع السابق – ص 125).

3 – الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة

إن اشتــراك المتعاقدين في الجنسية أو الموطن ، يمكن أن يعد قريــنة على اختيار قانون الموطــن المشترك أو الجنسيــة المشتركة للمتعاقدين ، لا سيما وأن للموطن والجنسية أهمية بالغة في مجال عقـــود التجارة الدولية ، وقد أخذ بها المشرع الجزائري في المادة 19 ، كما أكدها القضاء الفرنســـي في بعــض أحكامه(1).

إلا أن تحديد القانون الواجب التطبيق عل العقد إستنادا إلى الموطن أو الجنسية المشتركة ، من شأنه قد ينفي الصفة الدولية للعقد ، كما أن اتحاد موطن أو جنسية المتعاقدين في مجال العقود التجارية تكـــون من سبيل الصدفة.

المطلب الثاني : في قانون الإجراءات المدنية الجزائري

لقد عرف الموقف الجزائري من مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النــــزاع ، تطورا ملحوظا جسد في المرحلتين التاليتين :

الفرع الأول : مرحلة ما قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية

يقتضي الإشارة إلى أن الجزائر بعد الإستقلال كانت من بين الدول الحريصــة علــى التمســك بسيادتها وخاصة على مواردها الطبيعية(2)، مما جعلها تكرس هذه السيادة في العديد من الإتفاقيات

---

1 – أنظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1910/12/05 واتفاقيتي جنيف لسنتي 1930 ، 1931 المتعلقة بالأوراق التجاريــة القابلــة للتداول ، حيث إشترطت تطبيق قانون الجنسية المشتركة للأطراف على شكل الورقة التجارية التجارية (راجع :علي علي سليمان – المرجع السابق – ص 87 و ص 104.

2 – أنظر: الأمر رقم 71 – 08، و 71 – 09 و 71 – 10، المتضمن تأميم جميع أنواع الأموال والحصص والأسهم والحقـــوق والفوائـــد العـــائدة للشركات أو الشراكات التابعة لها ، والمتعلقة بشركات استغلال الوقود والفوائد المنجمية ، المتعلقة بالغاز المختلطة بالوقود السائل المستخرج من جميـــع حقول الوقود الكائنة بالجزائر ، أو المتعلقة باستعمال الوقود أو المتعلقة بتأميم الجزئي لجميع الأموال والحصص والأسهم والحقوق والفوائد في شـــركات الأبحاث واستغلال البترول في الصحراء الجزائري والصادر بتاريخ 1971/02/24 (راجع في هذا الصدد أيضا : محمد فاروق عبد الحميد – تطـــور المعاصر لنظرية الأموال العامة في القانون الجزائري – ديوان المطبوعات الجامعية لسنة 1988 ص 390 ، حيث يرى هذا الأخير أن التـــأميم حـــق مشروع لكل دولة تمارسه كمظهر من مظاهر السيادتها على إقليمها).

الدولية ، ودساتيرها ، وحتى قوانينها الداخلية(1).

كما أن الموقف الجزائري الإيديولوجي المتشبث بأفكار الإشتراكية ، صاحبه إتجاه فكري يعارض الطابع غير العادل للنظام القانوني والإقتصادي للدول المتقدمة(2).

وتصريح الرئيس الراحل هوراي بومدين(3) في افتتاح المعرض الدولي الثاني بالجزائر سنة 1966 الذي يقول فيه :"أن البلدان التي هي في طريقها إلى النمو ومنها الجزائر تحتاج إلى تعاون دولي ، تعاون بكل معنى الكلمة يرتكز في وقت واحد على المساواة بين الأطراف والاحترام للسيادة وتبادل الفوائد التي تمنح كلا من الطرفين أي الدول المتعاونة...

فلا بد أن نلاحظ التجارة الدولية بالنسبة للبلدان المتخلفة اقتصاديا بنفس المعنى الذي لها بالنسبة للبلدان الصناعية... " ، فهو يؤكد فيه على حرص هذه الدول النامية على سيادتها في معاملتها الدولية ، وإن كانت حاجات هذه الأخيرة في المجال الدولي تستدعي وجود قواعد قانونية تتلاءم وطبيعة هذه العلاقات والتصرفات كقواعد التحكيم الذي بموجبه تحل النزاعات المثارة بين الأطراف على هيئة تحكيمية متخصصة للفصل فيه ، وفق بدائل من القوانين غير القانون الإقليمي للدولية المعنية بنزعتها السيادية.

ورغم أن قانون الإجراءات المدنية الجزائري لسنة 1966 خصص الكتاب الثامن للتحكيم ، فلم يحدد طبيعة هذا التحكيم ، ولم يتعرض إلى التحكيم الدولي ، بل أنه أورد صراحة حضرا على الدولة والأشخاص الإعتباريين للجوء إلى التحكيم الدولي بنص المادة 442 المقرة الثالثة (الملغاة) والتي تؤكد على ما يلي: "لا يجوز للدولة والأشخاص الإعتباريين أن يطلبوا التحكيم"، مما يحول دون إمكانية طرح النزاع على هيئات التحكيم الدولية ، وتطبيق قانون غير القانون الداخلي ، بل أن المشرع الجزائري إعتمد على التحكيم الداخلي في علاقات الشركات الوطنية والمؤسسات العمومية فيما بينها ، وفي خصوص النزاعات المتعلقة بحقوقها المالية أو الناجمة عن تنفيذ تعاقدات التوريدات أو الأشغال العمومية

---

1 - أنظر المادة 21 من القانون المدني الجزائري حينما جعلت تطبيق المادة 18 منه قاصر على حالة عدم وجود نص قانوني خاص أو إتفاقية دولية نافذة في الجزائر ، وهي بالتالي تحاول محاصرة تطبيق قانون محل إبرام العقد أو الحد منه إرادة الأطراف في تطبيق قانون أجنبي.

2 - الإشتراكية هي قبل كل شيء نظام يحارب مظاهر الظلم في المجتمع ، حسب رأي الدكتور عبد الله شريط – مشكلة الإيديولوجية وقضايا التنمية – ديوان المطبوعات الجامعية لسنة 1981 ص 69.

3 - خطاب الرئيس الراحل هواري بومدين بمناسبة افتتاح المعرض الدولي الثاني في الجزائر لسنة 1966 منشور في منشورات المحافظة السياسية لسنة 1966 ص 87.

والخامسة من ق.إ.م.ج) – الملغاة – كل هذا رغم إبرام الجزائر للعديد من الإتفاقيات(1)، المتعلقة بالتجارة الدولية التي تقضي بإمكانية اللجوء إلى التحكيم لتسوية الخلافات ، وإن كانت تؤكد على إجراء المصالحة قصد تفادي الطابع غير العادل لإجراءات التحكيم وتأثره بعادات وتقاليد الدولة الصناعية ، مما يؤدي إلى انحيازه وعدم نزاهته(2).

ويرى الفقيه مبروكين: "أن الجزائر دافعت على فكرة اختصاص المحاكم الوطنية بين الشركات الوطنية والأجنبية ، وفضلت اللجوء إلى المصلحة لإيجاد حل ودي للخلافات إذا فرض عليها التحكيم"(3) مما يفيد إمكانية تطبيق قانون أجنبي على النزاعات التي تكون الجزائر طرفا فيها.

وحسب دراسة قام بها الأستاذ : محند ايسعد بالنسبة للتحديد القانون الواجب التطبيق ، وجد أنه 11 عقدا من 17 عقد أخذت بالقانون الجزائري(4)وهو ما يؤكد حرص الجزائر في معاملاتها التجارية الدولية على تطبيق قانون الجزائري.

وإن كان يؤخذ على موقف المشرع الجزائري بعض التردد في بعض الاتفاقيات التي أبرمتها بعد إصدار قانون الإجراءات المدنية وقبل تعديل هذا الأخير ، كالبروتوكول الخاص بالتعاون الاقتصادي المبرم بين

---

1 – لقد أبرمت الجزائر العديد من الاتفاقيات التي تقضي بتسوية الخلافات عن طريق التحكيم (كالإنفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا في 1963/06/26 ، جريدة رسمية رقم 67. الصادرة بتاريخ 1963/09/17 ، ويؤخذ على هذا الاتفاق أنه جعل قرارات التحكيم قابلة للتنفيذ دون الحاجة إلى استيفاء إجراءات طلب تنفيذ الأحكام الأجنبية وقرارات التحكيم ، وأسند الاختصاص التشريعي إلى قانون البترول الصحراوي لسنة 1958 ، وفي حالة سكوته تطبق القواعد العامة ، وأيضا الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 1965/07/29 ، بموجب الأمر رقم 65-287 الصادر في 1965/11/12 ، المتعلق بتسوية المسائل التي تخص التعاون في ميدان المحروقات والتنمية الصناعية بين الدولتين ، التي تؤكد على مبدأ التحكيم الدولي لحل النزاعات المحتملة بموجب المادة 46 منها ، وإذا كانت قد أوردت قيدين على ذلك (أولهما) وجوب إجراء مصالحة قبل اللجوء إلى التحكيم ، و (ثانيا) عدم سريان شرط التحكيم بالنسبة لاحترام سقف الإنتاج (المادة 57 منها) والتقيد بشروط الاستغلال والتسبيقات (المادة 59 من نص الاتفاقية المذكورة) (أنظر العديد من الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في هذا المجال بالقاسم بوزانة " منازعات في مجال المحروقات بين الجزائر والشركات الأجنبية " ديوان المطبوعات الجامعية لسنة 1985 الهامش 24-25 ص 375 .كما أن الجزائر بعد الاستقلال صادقت على إتفاقية إيفيان التي تضمنت عنوانا فرعيا خاصا بالتعاون من أجل استثمار باطن الأرض الصحراوي ، وإمكانية تسوية الخلافات عن طريق التحكيم الدولي ولكل النزاعات والدعاوى السلطة العامة وأصحاب الحقوق المضمونة ، إذا لم يتم التوصل إلى حل عن طريق المصالحة (راجع : عمار معاشو " عقد المفتاح في اليد " رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر 1986 ص 113).

2 – أنظر الموقف الجزائري الرسمي في خطاب الرئيس الراحل هوراي بومدين الذي ألقاه بمناسبة اللقاء الوزاري المنعقد بالجزائر لمجموعة 77 التابع لمنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (ONUDI) في 1975/02/15 الذي إنتقد فيه نظام التحكيم وبين موقف الدول النامية منه (مشار إليه في: رسالة الطيب زروتي – المرجع السابق – الجزء الثاني ، ص 423).

3 – علي مبروكين "محاضرات في التحكيم الدولي "ملقاة على طلبة الماجستير معهد الحقوق 1993.

4 – محند إيسعد :" التقنيات القانونية في العلاقات التنمية الإقتصادية " مؤتمر الدولي للقانون الدولي والتنمية المنعقد بالجزائر في 14/11 أكتوبر 1976 ، الصفحة 17 من مذكراته.

وإن كان يؤخذ على موقف المشرع الجزائري بعض التردد في بعض الاتفاقيات التي أبرمتها بعد إصدار قانون الإجراءات المدنية وقبل تعديل هذا الأخير ، كالبروتوكول الخاص بالتعاون الاقتصادي المبرم بين الجزائر وفرنسا الموقع في 21 يونيو 1982 بالجزائر والصادر بموجب المرسوم رقم 82-259 المؤرخ في 7 أوت 1982 ، حيث نصت المادة 6 منه الفترة الرابعة على أنه: "تسرى الخلافات التي قد تحدث عند إبرام وتنفيذ العقود الموجودة بين الطرفين بطرق ودية ، وفي حالة ما إذا لم يمكن تسوية هذه الخلافات بالطرق الودية يتم حلها آنذاك طبقا لترتيبات العقود التي قد تنص على اللجوء إلى إجراء مناسب لحل الخلافات إن يوافق الطرفان على نص التسوية المناسبة لهذه الخلافات...".

في حين ينص القانون رقم 82-13 المؤرخ في 28 أوث 1982 ، المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها مع مؤسسات أجنبية على ضرورة رفع الخلافات الناجمة عن هذه العلاقات التي تكون بين الشركاء المؤسسين للشركة المختلطة الاقتصاد إلى المحاكم الجزائرية طبقا للقانون الجزائري (المادة 53 الفقرة 2 من القانون المذكور أعلاه).

وعلى ضوء كل ما تقدم وإن نص المشرع الجزائري في الكتاب الثامن على باب ثاني لتنفيذ قرار التحكيم وباب ثالث لطرق الطعن في قرارات المحكمين ، ومصادقته على بعض الاتفاقيات الثنائية التي تستوجب حل النزاعات بالتحكيم الدولي ، مما يفيد إمكانية تطبيق قانون أجنبي على النزاعات المثارة والتي يكون فيها طرف جزائري ، لم يكن صارما في موقفه بالنسبة للتحكيم الدولي ، وإمكانية تطبيق قانون بديل للقانون الداخلي ، وعلى حد قول الفقيه الطيب زروقي : "يصعب التكهن بموقف الجزائر الحقيقي من التحكيم الدولي على الصعيد الرسمي ، بل يلاحظ تردد في هذه المسألة فهناك بعض الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها وأوردت على انضمامها تحفظ يقضي برفض اللجوء إلى التحكيم الدولي(1) ، في حين هناك بعض الاتفاقيات الثنائية خاصة منها المتعلقة بمجال المحروقات ذهبت إلى التحكيم الدولي(2)".

---

1 - يرى الفقيه نورالدين تركي : أن الجزائر في ذلك الوقت رفضت الإنضمام إلى اتفاقية الدولية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات الأجنبية (BIRD) لسنة1965 لكونها أخذت بنظام التحكيم الدولي (مشار إليه في : الطيب زروقي – المرجع السابق – ص 421).
وهناك بعض الإتفاقيات الأخرى التي صادقت عليها الجزائر في علاقاتها الدولية والتي تنص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي ، كاتفاقية بروكسيل المبرمة في 27 ماي 1967 المتعلقة بنقل الأمتعة عن طريق البحر ، و إتفاقية بارن المبرمة في 6 جانفي 1970 المتعلقة بالنقل عن طريق السكة الحديدية (مشار إليهما: في رسالة نورالدين بكلي – المرجع السابق – ص 40).

2 - Belkacem bouzana : « le contentieux des hydrocrbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères » OPU 1985 , p 359.

الفرع الثاني : مرحلة ما بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية

إن تعديل قانون الإجراءات المدنية جاء صريحا ليؤكد موقف المشرع الوطني من التحكيم التجاري الدولي ومسألة القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الدولية ، وهذا قصد ملائمتها ومتطلبات التجارة الدولية ، لا سيمات بعد تبني الجزائر لإقتصاد السوق وضرورة تكيف قواعدها القانونية وهذا المنهج الجديد(1).

فالمرسوم التشريعي رقم 93-09 الصادر في 1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الذي جاء بأحكام خاصة بالتحكيم التجاري الدولي ، لم يكن عشوائيا بل كان نتيجة تغيير إقتصادي واجتماعي وسياسي كانت بوادره من قبل تعزز بمصادقة الجزائر على بعض الإتفاقيات المهمة ، كاتفاقية نيويورك لسنة 1958 ،الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها(2).

وتنص المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي رقم 93-09(3) على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا للقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، وفي غياب ذلك ، تفصل محكمة التحكيم ، وفق لقواعد القانون اوالأعراف التي تراها ملائمة" ، مما يفيد أن المشرع الجزائري أجاز للأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

1- راجع في هذا الصدد :
محمد يوسفي " الاتجاهات الاستثمار الدولي وأثارها على سياسة الاندماج الاقتصادي للبلدان المغاربية " المجلة الجزائرية للعلوم القانونية لسنة 1992 ص 256 وما بعدها.

2- هذه الإتفاقية وغيرها من الإتفاقيات المهتمة بالتحكيم التجاري الدولي ، والتي تعرضت إلى مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تكون محور دراستنا لاحقا في المطلب الثالث من هذا الفصل أما على مستوى التشريع الداخلي فإن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الصادر في 1988/01/12 جاء ليؤكد موقف المشرع الجزائري المسبق على التعديل للقانون الإجراءات المدنية في إعمال قواعد التجارة بالنسبة للممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الإقتصادية ، كما يجوز لها التنازل على ممتلكاتها أو التصرف فيها والحجز عليها ، باستثناء الأصول الصافية إلى تساوي مقابل قيمة الرأس المال التأسيسي للمؤسسة (المادة 20 الفقرة 1) والتي كان في السابق يحضر التنازل أو التصرف أو الحجز عليها.
وتنص المادة 20 الفقرة 4 من نفس القانون على أنه : "يمكن أن تكون تلك المنازعات موضوع مصالحة حسب مفهوم المادة 442 الفقرة الأولى من الأمر 154.66 ...".
ويرى الفقيه نورالدين تركي : أن المصالحة تعرف في المادة 459 من القانون المدني وليس في الفقرة الأولى من المادة 442 من الأمر رقم 154.66 والتي تنص هذه الأخيرة على أنه :"يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها" وهو بذلك لم يقصد المصالحة ، وإنما التحكيم ، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد خطى مرحلة مهمة على حد قوله في الإعتراف للمؤسسة العمومية الإقتصادية بحق اللجوء إلى التحكيم (راجع : نورالدين تركي – التحكيم الدوي والمؤسسات العمومية الإقتصادية في الجزائر – مجلة التحكيم لسنة 1990 ص 591).

3- راجع :
المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعدل والتمم للأمر رقم 66-154 والمتعلق بالتحكيم التجاري الدولي الجريدة الرسمية رقم 27.

غير أن الملاحظ على ذلك أن المشرع الجزائري أورد عبارة "قواعد القانون" ، فهل معنى ذلك هو تأكيده على تطبيق قواعد القانون الداخلي للدول واستبعاده إمكانية تطبيق المبادئ العامة لقانون التجارة الدولية ؟.

يرى الفقيه نورالدين تركي في هذا الصدد : "أن المرسوم التشريعي رقم 93-09 وإن نص على إمكانية تطبيق الأعراف التجارية ، و لم يشر إلى تطبيق المبادئ العامة لقانون التجارة الدولية ، ولا يوجد ما يبرر منع الأفراد من الإتفاق في عقدهم على تطبيق القواعد العامة للتجارة الدولية"(1).

كما أن إقرار المشرع الجزائري بإمكانية تطبيق الأعراف الدولية في حالة سكوت الأطراف من طرف المحكم ، يؤكد إمكانية حق الأطراف في الإتفاق على تطبيق المبادئ العامة للتجارة الدولية ، لاسيما وأن قواعد التجارة الدولية في ظل التطور الذي تعرفه المعاملات التجارية أصبح يشكل قانون للتجارة على الصعيد الدولي(2).

كما أنه قد يواجه اختيار الأطراف لقانون داخلي معين بعض التعديلات التشريعية اللاحقة على إبرام العقد فهل يعمل بها أم لا ؟.

إن اختيار الأطراف لقانون معين قد يواجه حقيقة بعض التعديلات التشريعية اللاحقة على إبرام العقد ، لا سيما في العقود التجارية طويلة المدة ، وإن كان عادة ما يتبنه الأطراف إلى هذه الفرضية ، فيدرج في العقد شرط يقضي بتطبيق القانون المختار الساري المفعول وقت الإبرام(3).

فإن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الفرضية في المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية ، وإن كان قد جاء بالمرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الإستثمار الذي أعقب المرسوم الأول ، وبموجب المادة 39 منه ، فإنها تنص على عدم تطبيق المراجعات والإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الإستثمارات إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة(4)مما يفيد تطبيق القانون الذي إنصرفت إليه إرادة الأطراف وقت إبرام الإتفاق.

---

1 - نورالدين تركي: "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر " ديوان المطبوعات الجامعية لسنة 1999 ص 107.

2- راجع : نشأة القواعد القانونية لقانون التجارة الدولية ، (الطيب زروتي – المرجع السابق – ص 64).

3- راجع :قضية شركة سوناطراك والشركة الأمريكية للبترول حيث تم إبرام عقد بينهما في سنة 1975 ، على أن يقوم فرع الشركة الأمريكية في الجزائر بتنفيذ العقد المبرم بينهما ، ونص في اتفاقهما على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري الساري المفعول وقت إبرام العقد (نورالدين تركي – المرجع السابق – ص 104 ، والقاسم بوزانة المرجع السابق ص 369).

4- راجع نص المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الإستثمار الجريدة الرسمية العدد 64.

ويرى الفقيه تركي نورالدين : أن الثبات التشريعي (1) يعتبر من بين الضمانات التي تقدم للشركات لأجنبية من أجل الإستثمار ، لذا وجب احترام إرادة الأطراف في تطبيق القانون المتفق عليه وقت إبرام العقد(2).

ورغم أن المشرع الجزئري لم ينص في المرسوم التشريعي رقم 93-09 ، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية ، على أنه يمكن أن يكون إختيار الأطراف الضمني للقانون الواجب التطبيق ، إلا أنه قد أخذ به في القانون المدني الجزائري بموجب المادة 60 منه ، حيث اعتبر أن إرادة الأطراف يمكن أن تكون صريحة ، كما أنها يمكن أن تكون ضمنية.

مما يفيد أنه يجوز للمحكمة التحكيمية الأخذ بها ، بعد الكشف عن هذه الإرادة غير الصريحة بقرائن يستدل بها على أن إرادة الأطراف إتجهت إلى تطبيق قانون معين.

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن نص المادة 458 مكرر 14 من ق.إ.م.ج ، قد أجازت لهيئة التحكيم في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، تطبيق القانون والأعراف التي تراها ملائمة(3)، غير أنها بذلك تكون قد أعطت لهذه الهيئة التحكيمية السلطة الواسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة غياب اتفاق الأطراف على ذلك.

ويرى الفقيه نورالدين تركي في هذا الصدد أيضا : "أنه وإن كان تسبيب القرار التحكيمي (المادة 458 مكرر 13 ق.إ.م.ج) يعد ضابطا لحرية هيئة التحكيم ، إلا أنه لا يعد كافيا ، كما أن اختيار هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، قد يؤدي إلى عدم الأخذ بقاعدة محل إبرام العقد، لتحديد القانون الواجب التطبيق التي نصت عليها المادة 18 الفقرة الأولى من القانون المدني.

---

1 - راجع هذا الموضوع والعديد من الأحكام القضائية في مؤلف:
أحمد عبد الكريم سلامة "نظرية العقد الدولي الطليق" دار النهضة العربية 1989 ص 92 وما بعدها.

2- نورالدين تركي – المرجع السابق – ص 103 و ص 107.

3- إن المشرع الجزائري أورد عبارة "ما تراه ملائم" فهذه الأخيرة تمكن للمحكمين حرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، لا سيما وإن مفهوم ملائمة غير واضح المعالم ، ويمكن إقامته على معايير شخصية ، لهذا كان من الأجدر في اعتقادنا هو فرض ضوابط على هذه الحرية بنص العبارة التالية "ما تراه ملائما وأكثر إرتباطا بموضوع النزاع" التي من شأنها الحد من حرية المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق ، لا سيما وأن نزاهة المحكمين لا تزال محل شك من طرف دول العالم الثالث لإنتمائهم الغالب بدون العالم المتقدم واحتكار هذه الأخير لأغلب الهيئات التحكيمية المتخصصة ، إضافة إلى ذلك فإن اعمال المحكم لقانون معين يعني لاختياره لأي حل يراه ، وفقا لمطلق تقديره الشخصي.

وإن كان الإتجاه الحالي للتحكيم التجاري الدولي يعمل بقانون : الأطراف أولا ثم اختيار المحكمين ثانيا(1).

– وعلى ضوء ما تقدم ، فإنه كان من الأفضل تقيد حرية المحكمين التي تتستر وراء ظروف الملائمة لإختيار القانون الواجب التطبيق. باتباع المنهج الذي أخذت به اتفاقية روما سنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية حيث نصت في مادتها الرابعة ، على أنه في حالة غياب إرادة الأطراف ، يطبق قانون البلد الذي يكون فيه العقد أكثر إرتباطا(2)،مما يفيد ضرورة إلتزام المحكم بطبيعة العقد وتركيزه في مكان معين لإختيار القانون الواجب التطبيق في حالة غياب إرادة الأطراف.

أما بالنسبة لنص المادة 458 مكرر 15 من ق.إ.م.ج التي تنص على ما يلي :

"تفصل محكمة التحكيم كمفوض في الصلح إذ خولتها إتفاقية الأطراف هذه السلطة" فهي تؤكد على حرية الأطراف في الإتفاق على حل نزاعاتهم عن طريق الصلح أمام هيئة التحكيم غير أننا نتساءل : عن طبيعة القانون الواجب التطبيق على النزاعات المثارة أمام هيئة التحكيم في هذا النوع من التحكيم الذي يكون عن طريق الصلح ؟.

يرى تركي نورالدين:" أن الفصل في النزاع عن طريق الصلح(3)يكون بمقتضى العدل والإنصاف" وقد اعتمد هذا النظام الذي يقتضي الفصل في النزاعات عن طريق الصلح ، العديد من التشريعات منها قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1981 في المادة 1474 منه التي تنص على أنه :"يفصل المحكم في النزاع طبقا لقواعد القانون ، هذا ما لم يعهد إليه الأطراف ، في اتفاق التحكيم ، بمهمة الفصل كمفوض في الصلح "والقانون السويسري الذي يقضي بأن تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون الواجب التطبيق ، هذا ما لم يصرح الأطراف لها في الإتفاق بالفصل وفق للعدالة(4). غيرأن ما يؤخذ على مهمة

---

1 – وهذا رأي محند إيسعد (راجع : نورالدين تركي – المرجع السابق – ص 111).

2 – وقد اعتمد هذا الحل أيضا من طرف المشرع السويسري في قانونه الدولي الخاص (أنظر : نورالدين تركي – المرجع السابق –ص 192).

3 – يرى الفقيه أحمد عبد الكريم سلامة :"أن التحكيم مع التفويض بالصلح هو نظام قضائي خاص ، نوع من التحكيم ، يختار فيه الأطراف قضاتهم ، ويعهد إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط صريح مهمة تسوية النزاعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل ، بينهم في خصوص علاقاتهم التي يجوز تسويتها بطريق التحكيم ، وفق لمبادئ العدالة دون التقيد بقواعد القانون وإصدار قرارات تحكيمية ملزمة لهم " ، راجع : أحمد عبد الكريم سلامة – المرجع السابق – ص 234،راجع أيضا لنفس المؤلف النصان المذكوران أعلاه ص 236 ص 237 .

4 – وتجدر الإشارة أيضا أن هناك العديد من الإتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم التي أجازت لهذا النوع من التحكيم ، كالإتفاقية الأوروبية للتحكيم لسنة 1961 بموجب المادة 7 الفقرة (2) منها ، واتفاقية البنك الدولي للتعمير والتنمية المبرمة في 18 مارس 1965 والخاصة بتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في مادتها 42 الفقرة (3) ، واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987 المادة 21 الفقرة (2) منها ، ولائحة غرفة التجارة الدولية المادة 13 الفقرة (4) منها ، مشار إليها في مؤلف فوزي محمد سامي ، المرجع السابق – ص 5.

التحكيم في فصل النزاعات المعروضة عليها وفق العدالة ،أنه تترك لها الحرية الواسعة في تقرير الحلول ، التي تراها ملائمة تحت ستار فكرة العدالة لا سيما وأن هذه الأخيرة قد يختلف فيها(1).

وعلى أية حال فالمشرع الجزائري هذا يكون قد خطى خطوة كبيرة في اتجاه تكريس التحكيم ذلك بمنح هيئة التحكيم الفصل في النزاعات المعروضة عليها وفقا للقواعد القانون الذي اختارته الأطراف ، بما فيها قواعد العدالة ، وتطبيق القواعد القانونية للتجارة الدولية ، بما فيها الأعراف الدولية المستقرة في مجال التجارة الدولية ، في حالة سكوت الأطراف على ذلك.

المطلب الثالث : الإتفاقيات الدولية

إن العديد من الإتفاقيات الدولية سواء منها الثنائية أو المتعددة ، التي أبرمتها الجزائر أو صادقت أو انضمت إليها ، كانت تتعرض لمسألة التحكيم ، حيث تعرضت بعض بنودها لمسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

الفرع الأول : الإتفاقيات الثنائية

أبرمت الجزائر العديد من الإتفاقيات الثنائية الخاصة بالمعاملات التجارية الدولية والتي عنت بمسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من أهمها:

1 – الإتفاقيات الجزائرية الفرنسية :

لقد أبرم اتفاق جزائري فرنسي في 1963/06/26 (2) ، والذي بموجبه أقر إمكانية اللجوء إلى التحكيم ي المنازعات المتعلقة بميدان المحروقات ، وأسند الاختصاص التشريعي إلى قانون البترول الصحراوي لسنة 1958 ، وفي حالة سكوته تطبق القواعد العامة للقانون(3).

1- راجع مفهوم العدالة والإنتقادات التي واجهتها ص 69 وما بعدها .

2- يؤخذ على هذا الإتفاق أنه جعل القرارات التحكيمية قابلة للتنفيذ دون الحاجة إلى استيفاء إجراءات طلب تنفيذ قرارات المحكمين أو الأحكام الأجنبية .(هذا الإتفاق منشور في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1963/09/17 . العدد 67).

3- وتجدر الإشارة إلى أن هذا القانون كان يسند الإختصاص القضائي إلى مجلس الدولة الفرنسي في المنازعات المتعلقة بالضرائب على المحروقات ، إلى أن تم تأميم المحروقات الجزائرية في سنة 1971 حيث أصدر الأمر رقم 71-24 بتاريخ 1971/04/12 ، ليسند الإختصاص إلى مجلس الأعلى (سابقا) إبتدائيا ونهائيا (راجع: محمد ابسعد "التقنيات القانونية في اتفاقيات التنمية الإقتصادية" المؤتمر الدولي للقانون الدولي والتنمية الجزائر 1976 ، ص 16 وما بعدها ، وأيضا الطيب زروتي . المرجع السابق ص 418).

وهذا ما سارت عليه أيضا الإتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 1965/07/29(1) المتعلقة بتسوية المسائل التي تخص التعاون في ميدان المحروقات والتنمية الصناعية بين الدولتين.

غير أن ما يؤخذ على هذه الإتفاقية الأخيرة أنها تقر بضرورة إجراء محاولة صلح قبل اللجوء إلى التحكيم بموجب المادة 46 منها.

كما أبرمت أيضا الجمهورية الجزائرية مع الجمهورية الفرنسية في 21 يونيو 1982(2) ، برتوكولا خاصا بالتعاون الإقتصادي ، حيث نصت المادة 6 الفقرة الرابعة منه على أنه :" تسوى الخلافات التي قد تحدث عند إبرام أو تنفيذ العقود الموجودة بين الطرفين بالطرق الودية وفي حالة ما إذا لم يمكن تسوية الخلافات بالطرف الودية ، يتم حلها آنذاك طبقا لترتيبات العقود التي قد تنص على اللجوء إلى إجراء مناسب لحل هذه الخلافات".

ونلاحظ على هذا الإتفاق الأخير غياب مسألة تحديد القانون الواجب لتطبيق على العقود المبرمة بين الطرفين ، في حالة ما إذا لم يتمكن الأطراف من حل نزاعاتهم بالطرق الودية واختيار التحكيم كوسيلة لتسوية الخلافات التي قد تثار بينهم.

إن الجزائر من خلال هذه الإتفاقيات كانت مترددة في النص على مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها في تلك الفترة ، وحرصت على ضرورة حلها بالطرق الودية ، وهذا الموقف له ما يبرره ، حيث كانت الجزائر ترفض أصلا ، فكرة التحكيم في القانون الدولي الخاص لعدم ثقتها في الهيئات التحكيمية وتشريعات الدول المهيمنة على هذا المجال ، لا سيما وأن النهج الاشتراكي المتبع في تلك الفترة وفكرة السيادة له ما يبرر موقفها ذلك(3).

2 – الإتفاقية الجزائرية الأمريكية لـ 17 أكتوبر 1990

إن هذه الإتفاقية(4) التي جاءت قصد تشجيع الإستثمار وترقية مستوى تنمية الموارد الإقتصادية والقدرات الإنتاجية ، وتأمين تلك الإستثمارات ، نصت مادتها السادسة ، على ضرورة حل الخلافات التي

---

1 – منشور في الجريدة الرسمية رقم 65 -287 الصادرة بتاريخ 1965/11/12.

2 – راجع :

المرسوم رقم 82-259 المؤرخ في 7 أوت 1982 ، المتضمن المصادقة على البرتوكول الخاص بالتعاون الإقتصادي بين الجزائر وفرنسا.

3 – راجع أسباب معارضة التحكيم الدولي في الجزائر :

نورالدين بكلي – المرجع السابق – ص 75.

4 – المرسوم الرئاسي رقم 90-319 المؤرخ في 17 أكتوبر 1990 ، المتضمن المصادقة على اتفاق الرامي إلى تشجيع الإستثمارات.

تثار بين الحكومة الجزائرية والولايات المتحدة بصدد تفسير هذه الإتفاقية ، أو المتعلقة بمشروع أو نشاط ، عن طريق المفاوضات بين الحكومتين ، وإذا لم يتوصل إلى حل إتفاقي للخلاف بعد ثلاثة أشهر منن طلب المفاوضات ، يعرض النزاع على هيئة التحكيم ، للفصل فيه وفق مبادئ وقواعد القانون الدولي ، على أن تتخذ قرارها بالأغلبية في النزاع المطروح عليها.

غير أن ما يؤخذ على هذه الإتفاقية أنها أحكامهالا تتعلق بالمستثمرين ، مما يقلل من مجال تطبيقها، إلا في علاقة الحكومتين مع بعضهما البعض.

3 – الإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسمبورغية لسنة 1991

جاءت هذه الإتفاقية المبرمة في 24 أفريل 1991(1) لتشجيع وحماية الإستثمارات المتبادلة وتضمنت المادة التاسعة منها على أنه تستند الخلافات المثارة لتحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة ابلإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، في حالة عدم توصل الأطراف إلى حل عن طريق التراضي.

وتفصل هذه الهيئة التحكيمية في النزاع على أساس القانون الوطني للطرف الذي يكون طرفا في النزاع والذي يوجد على إقليمية الإستثمار ، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين لتلك الدولة ، وأحكام هذا الإتفاق ، ونصوص الإتفاق الخاص الذي يمكن أن يوضع بخصوص الإستثمار ، وكذا مبادئ القانون الدولي.

غير أن ما يلاحظ على هذه الإتفاقية أنها أسندت الإختصاص إلى هيئة تحكيمية ، في وقت لم تكن الجزائر قد صادقت بعد على الإتفاقية المذكورة أي إتفاقية المنشأة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى المبرمة في 1965/03/15.

ويرى محند إيسعد :"أن الحل لهذه الحالة يكمن في نص المادة 9 الفقرة (2) منن الإتفاقية السابقة التي تقضي بتطبيق الميكانيزم الإيضافي للمركز الدولي ، الذي أنشئ في حالة عدم مصادقة الدول على هذه الإتفاقية لإحالة النزاع على هذا المركز"(2).

1 – المرسوم الرئاسي رقم 91-345 المؤرخ في 5 أكتوبر 1991 ، والمتضمن المصادقة على الإتفاق المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع عليه في الجزائر بتاريخ 24 أفريل 1991.

2– وتجدر الإشارة أن الاتفاقية المتعلقة بمنازعات الإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI) والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية المنازعات الإستثمار ، صادقت عليه بلجيكا بتاريخ 26 سبتمبر 1970 واللكسمبورغ في 29 أوت 1970 ، و لم تصادق عليه الجزائر إلا سنة 1995 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 الصادر بتاريخ 30 أكتوبر 1995. وراجع ايضا : محند ايسعد " اتفاقيتي التعاون و حماية –

4 – الإتفاقية الجزائرية الإيطالية لسنة 1991

هذه الإتفاقية المبرمة في 18 ماي 1991(1)، والمتعلقة بترقية وحماية الإستثمارات ، جاءت أيضا لتؤكد إمكانية اللجوء إلى التحكيم.

ونصت المادة 8 منها على أنه :" في حالة عدم تسوية الخلافات المتعلقة بين إحدى الدولتين ومستثمر من الدول المتعاقدة الأخرى التراضي خلال ستة أشهر من تاريخ رفع الطلب فيمكن – للمستثمر المعنى – رفع الخلاف إلى الهيئة القضائية المختصة في الدولة المتعاقدة والتي تم الإستثمار على إقليمها أو إلى مركز التحكيم الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالإستثمارات أو محكمة تحكيمية تنشأ لهذا الغرض " ووفقا للمادة التاسعة الفقرة (6) من نفس الإتفاقية (2) فإنها تنص على أنه:" يسوى الخلاف من طرف المحكمة التحكيمية عن طريق القانون الوطني للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع والتي يوجد الإستثمار على إقليمها ، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ، وأحكام هذا الإتفاق وبنود الإتفاق الخاص الذي قد يتم وضعه بخصوص الإستثمار إلى جانب مبادئ القانون الدولي ..."

ويرى الفقيه محمد إيسعد : "أن الأطراف في النزاع ليستا الدولتان في الإتفاقية ولكن الدولة المستقبلة للإستثمار والمستثمر ،مما يفيد أن النزاع يخص القانون الخاص ، وأن اختصاص الهيئات المشار إليها في المادة من الإتفاقية التي يمكن –للمستثمر المعني – رفع الخلاف أمامها ، لا تعد لائقة من حيث التقنية بعباراتها – المستثمر المعني– ومن المفروض أن تقول - الطرف المعني– وبل الأفضل من ذلك – الطرف طالب التعجيل– لأن كلا الطرفين معنيين"(3).

كما أنه لا يجوز للمستثمر فقط مباشرة هذا الإجراء ، وإنما من حق الدولة التي ينفد على إقليمها الإستثمار ، أيضا أن ترفع النزاع أمام الهيئات المختصة.

– الاستثمارات المتبادلة " المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية ، لسنة 1991 ص 726 .

1– المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 5 أكتوبر سنة 1991 ، والمتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا حول ترقية وحماية الإستثمارات الموقع عليه بالجزائر في 18 مايو 1991.

2– ما يلاحظ على هذه المادة من الاتفاقية المذكورة اعلاه أنها جاءت مشابهة تماما لنص المادة التاسعة الفقرة الرابعة من الإتفاقية الجزائرية البلجيكية لكسمبورغية.

3– محمد إيسعد – المقال السابق – ص 730.

وما يلاحظ على هذه الإتفاقيات وغيرها(1)، هو تطور موقف المشرع الجزائري من التحكيم التجاري الدولي ، حيث أقر بإمكانية اللجوء إلى التحكيم ، وتنظيمه لمسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي يعتبر مضمون ما يتوصل إليه المحكمون في قراراتهم التحكيمية ، لا سيما وأن الجزائر في حاجة إلى الإستثمار الأجنبي ، وتمسك هذا الأخير ببعض الضمانات ، كإمكانية اللجوء إلى التحكيم ، وتطبيق قانون غير قانون الدولة التي ينفذ على إقليمها الإستثمار(2).

الفرع الثاني : الإتفاقيات المتعددة الأطراف

لقد انضمت الجزائر إلى العديد من الإتفاقيات المتعددة الأطراف التي اهتمت التحكيم الدولي وخصصت بعض موادها لمسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع منها:

1 – إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987

صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية الصادرة بتاريخ 1987/04/14(3)، التي أنشئت بموجب المادة الرابعة منها المركز الدولي للتحكيم التجاري الذي يهتم بالفصل في النزاعات التجارية الناشئة بين الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين أيا كانت جنسيتهم على أن يربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أشخاص ينتمون إليها أو تكون لهم مقر رئيسي على إقليمها.ونصت المادة 21 منها على أنه: "تفصل الهيئة (المركز) في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه صراحة أو ضمنا إن وجد، وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع ، على أن تراعي الأعراف التجارية الدولية المستقرة.

---

1 – الإتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا المتعلقة بتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات (المرسوم الرئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 1994/01/02 المادة 8 الفقرة (4) منها) والإتفاقية المبرمة بين الجزائر ورومانيا المتعلقة بتشجيع وحماية الإستثمارات المتبادلة أيضا (المرسوم الرئاسي رقم 328.94 المؤرخ في 1994/10/22 المادة 8 الفقرة (1) منها) وتجدر الإشارة إلى أن كلا الإتفاقيتين المذكورتين أعلاه قد تداركت ملاحظات الفقيه محند إيسعد حيث نصت :"على ضرورة رفع الطلب من أحد الطرفين المتعاقدين الى محكمة التحكيم".

وأيضا الإتفاقية الجزائرية الإسبانية المتعلقة بترقية وحماية الإستثمارات المتبادلة (المرسوم الرئاسي رقم 88.95 المؤرخ في 1995/03/25 ، المادة 11 الفقرة (3) منها ، والملاحظ على هذه الأخيرة أنها لم تتنبه للملاحظة السابقة حيث نصت "على ضرورة رفع النزاع من المستثمر المعني أمام الجهات التحكيمية المختصة.

2– يرى الفقيه محند إيسعد : أن قانون النقد والقرض لسنة 1990 ، لا سيما المادة 183 ، والمادة 184 سنة ، قد فتح المجال للإستثمار من خلال منح المستثمر الأجنبي الضمانات المنصوص عليها في الإتفاقيات الدولية واتفاق الجزائر إيطاليا والجزائر البلجيكية لكسمبورغية كانتا إمتدادا لهذا القانون راجع في هذا الصدد محند ايسعد – المقال السابق – ص 713.

3– اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987، (منشور في مجلة وثائق المجلس العدد (3) يناير 1989).

كما للهيئة أن تفصل في النزاع وفقا قواعد العدالة إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك ". ورغم ما تتميز به هذه الإتفاقية ، إلا أنه على المستوى العملي ، فنشاط مركزها التحكيمي ، لم يكرس فعليا(1) وإن كان يعد خطوة مهمة للمشرع الجزائري في تبنيه بنظام التحكيم وتحديد موقفه من القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

2- إتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية

أبرمت هذه الإتفاقية بتاريخ 10 يونيو 1958 ، الخاصة باعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية وصادقت عليها الجزائر سنة 1988(2) ، مؤكدة بذلك استعدادها لقبول التحكيم كوسيلة لفض منازعات التجارة الدولية.

هذه الإتفاقية التي تعد منه أهم الإتفاقيات ، التي بموجبها تعتمد كل دولة من الدول المصادقة عليها إعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية التي تصدر في تراب دولة أخرى غير الدولة التي يطلب فيها اعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها.

تنص المادة الخامسة منها على أنه :"لا يرفض إعتماد القرار وتنفيذه إلا إذا قدم أحد الأطراف إثبات على أن إتفاق الأطراف للجوء إلى التحكيم غير صالح بموجب القانون الذي إتفق عليه الأطراف أو لم توجد الإشارة إلى هذا الصدد بموجب قانون البلد الذي صدر فيه قرار التحكيم ...".

ويرى الفقيه حسن بغدادي :" أن التحكيم في هذه الإتفاقية يجب أن يكون صحيحا وفقا للقانون الذي أخضعه له الطرفان أو القانون البلد الذي صدر فيه القرار ، إذا لم يكن في الوسع إستخلاص أية دلالة تنبئ باختيارهم لقانون آخر"(3).

3 - إتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي

وقعت هذه الإتفاقية في ليبيا - لانوف - بتاريخ ٩ و ١٠ مارس ١٩٩١ ، و لم تصادق عليها الجزائر إلا سنة 1994(4)، وهي تتعلق بالتعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد المغرب العربي وتضمن الباب

---

1 - راجع :

مفيد شهاب: "التحكيم التجاري في الدول العربية " المجلة المصرية القانون الدولي المجلد 41 لسنة 1985ص 12 وما بعدها .

2 - المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988 الجريدة الرسمية العدد 48.

3 - حسن بغدادي :" رأي في القانون الواجب تطبيقه "مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد (2) السنة ثلاثون لسنة 1986 ص 9.

4 - المرسوم التشريعي رقم 94-06 المؤرخ في 1994/04/13.

الرابع منها الإعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، حيث تنص المادة 44 منها بأنه:" يعترف بأحكام أو قرارات المحكمين الصادرة في بلدان الأطراف المتعاقدة ، وتنفيذ لديها بنفس الكيفية المتبعة للأحكام المنصوص عليها..... أيا كانت جنسية المشمولين بها مع مراعاة القواعد القانونية لذا الطرف المتعاقد المطلوب لديه التنفيذ".

كما تنص على الحالات التي يجوز فهيا رفض الأمر بالتنفيذ ، وهي نفس بالحالات المنصوص عليها في إتفاقية نويويرك المتعلقة باعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية مع اختلاف في تحرير النصوص(1).

4 – الاتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية

صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية(2) التي تعد إنطلاقة كبيرة في مجال تشجيع الإستثمارات في داخل الدول العربية ، عن طريق توفير مناخ ملائم للإستثمارات يستند إلى نظام قانوني واضح يعطي المزايا والضمانات التي تشجع إنتقال رأس المال الخاص من دولة المستثمر إلى الدول العربية(3).

ونصت المادة 28 الفقرة (1) منها على إنشاء محكمة الإستثمار العربي تختص بالفصل فيما يعرض عليها من منازعات تتعلق بالإستثمار العربي وإما أن يلجأ إلى قضاء الدولة التي يقع فيها الإستثمار طبق لقواعد الإختصاص فيها ، وإذا إتفق الأطراف على اختصاص محكمة الإستثمار العربي ، فهي تستهدي في إستخلاص أحكامها ، وفق هذه الإتفاقية ، وتطبيق القواعد والمبادئ المشتركة في تشريعات الدول أعضاء ثم المبادئ المعترف بها في القانون الدولي.

إن هذه الإتفاقية رغم نصوصها الكثيرة وأهميتها بالنسبة للدول العربية ، لا سيما في إنشاء هيئة تحكيمية ، إلا أنها لم تكن واضحة بالقدر الكافي بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على النزاعات المتعلقة بالإستثمار ، لأنه جهودها كانت ترمي إلى توفير ضمانات تشريعية في الدول العربية قصد تسهيل حركة تنقل رؤوس أموال المستثمرين وميولها إلى تطبيق القانون الداخلي للدول العربية.

---

1 - راجع :
نور الدين بكلي – المرجع السابق – ص 50.
2 - المرسوم التشريعي رقم 95-306 المؤرخ في 1995/10/07.
3 - مفيد شهاب – المقال السابق – ص 30.

5 – الإتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار

هذه الإتفاقية التي صادقت عليها الجزائر ، كانت تهدف إلى ضرورة التعاون الدولي في مجال التنمية الإقتصادية ودعم مساهمة الإستثمار الأجنبي ، عن طريق إنشاء وكالة دولية تعمل على توفير الضمانات الازمة للإستثمار والقيام بنشاطات مناسبة لتشجيع تدفق الإستثمارات إلى الدول الأعضاء فيما بينهم.

وقد نص الملحق الثاني من هذه الإتفاقية على تسوية المنازعات بين العضو والوكالة عن طريق المفاوضات والتوفيق ، وفي حالة عدم الإتفاق يجوز للأطراف اللجوء إلى التحكيم.

كما تنص المادة 4 من الملحق الثاني للإتفاقية على أنه: "تلتزم هيئة التحكيم في النزاع ، وفق نصوص هذه الإتفاقية ، وقواعد القانون الدوي الواجبة التطبيق أو القانون المحلي للعضو المعني ، كما يمكنها إذا اتفق الأطراف على ذلك أن تطبيق مبادئ العدل والإنصاف".

غير أن هذه الإتفاقية تصرف التحكم ومسألة القانون الواجب التطبيق على النزاعات التي تكون فيها الوكالة التي يعهد إليها القيام بنشاطات الإستثمار وأحد الأطراف المتعاقدة ، و لم تمتد إلى العلاقات التعاقدية بين الأطراف المصادقة على هذه الإتفاقية.

6 – إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى

إن مصادقة الجزائر(1)على هذه الإتفاقية تعد نتيجة منطقية لإعتماد بنودها في الإتفاقيات الثنائية المبرمة سابقا(2) وتنص هذه الإتفاقية التي تهتم بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ومواطنين الدول الأخرى ، على إنشاء مركز دولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار.

ويتضمن الفصل الرابع منها على أن التحكيم وسيلة يمكن أن تلجأ إليه الدول المتعاقدة أو رعايا الدول الأخرى ،ويمكن أن يختص المركز السالف الذكر.

وبموجب المدة 42 منها :"تفصل المحكمة (المركز) في النزاعات المطروحة أمامها طبقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف ، وفي حالة غياب هذا الإتفاق يطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع ، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي.

1- المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 1995/10/30.

2 – راجع بحثنا ص 85.

كما أنه يجوز الأطراف الإتفاق على تطبيق مبادئ العدل والإنصاف".

إن هذه الإتفاقية وإن كانت تؤكد صراحة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات المتعلقة بالإستثمار ، وإمكانية إتفاق الأطراف على تطبيق قانون غير قانون الدولة التي يقع على إقليمها الإستثمار أو تطبيق قواعد العدل والإنصاف أو حتى مبادئ القانون الدولي فإنها تقتصر على العلاقات التعاقدية التي تكون فيها إحدى الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى.

وعلى ضوء ما تقدم يتأكد جليا تطور موقف المشرع الجزائري من التحكيم ومسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، من خلال العديد من الإتفاقيات الدولية التي سبقت تأكيده على ذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 المتضمن أحكام التحكيم التجاري الدولي ، أو المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية ، لا سيما بعد فتح المجال أمام المستثمر الأجنبي الذي يطمح إلى المزيد من الضمانات على غرار إقرار إمكانية اللجوء إلى التحكيم وتطبيق قانون بديل للقانون الوطني.

وإن كان التحكيم التجاري الدولي قد ظهر كأفضل بديل للمحاكم القضائية في الوقت الحالي(1)، فإن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الدولية ، يحرص عليها أطراف النزاع والمحكمون ، لأنه هو الأساس الذي يبنى عليه مضمون القرار التحكيمي الفاصل في النزاع.

فأهمية القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، كما سبق القول ، تكمن في كونه الأساس في إصدار القرار التحكيمي ، الذي يتعين أن تترتب عليه كافة أثاره القانونية ، لما في ذلك تنفيذه تلقائيا من طرف المحكوم عليه أو السعي لتنفيذه جبرا عليه بواسطة إجراءات التنفيذ المقررة في هذا الشأن.

1- René David « le droit compare d'roits d'hier. D'roits de Demain » Edition Economica, 1982, p 359.

خلاصة الباب الأول

لقد أضحى حقيقة التحكيم التجاري الدولي ، أداة فعالة لحل نزاعات التجارة الدولية ، يوليـــها محترفوا التجارة الدولية العناية الفائقة عند إبرام لعقود التجارة الدولية.

غير أن هذه الوسيلة لا تكون لها فعالية إلا بإصدار قرارات تحكيمية تحسم النزاع وتنفيـه. هـذه القرارات التحكيمية التي يحرص عليها أطراف التجارة الدولية ، تستمد وجودها مـن إجـازة القـانون للتحكيم الدولي ، واتفاق الأطراف سواء قبل نشوء النزاع في شكل شرط تحكيمي أو بعد نشوء الـنزاع في شكل مشارطة التحكيم ، على إمكانية اللجؤ إلى التحكيم ، وتعين موضوع النزاع ، والهيئة التحكيميـة المختصة سواء كانت هيئة تحيكمية خاصة أو مؤسساتية ، وتعيين أسماء المحكمين ، والمدة المقررة لإصـدار القرار التحكيمي ...

ولكون هذا الإتفاق التحكيمي المبرم بين الأطراف يستمد منه القرار التحكيمي مشروعيته ، فإنـه يقتضي فيه الكتابة ، ورضاالأطراف على اللجوء إلى التحكيم ، وأن تكون نزاعاتهم مما يجـوز تسـويتها بواسطة التحكيم ، وأن الباعث فيها هو حل النزاعات التجارة الدولية كما أن هذا القرار التحكيمي الذي يعتبر السند المستمد سلطته من إتفاق التحكيم يقتضي فيه أيضا أن يكون مكتوبا ومسببا ، يصدر خـلال الميعاد المتفق عليه من قبل الأطراف ويوقع من طرف المحكيمن تأكيدا منهم علـى ممارسـتهم للتحكيـم وإصدار تلك القارارت التحكيمية الفاصلة في النزاعات المعروضة عليهم.

وإن كانت الآراء الفقهية إختفت في تحديد طبيعة هذه القرارات التحكيمية ، كالبعض يرى بـأن القرار التحكيمي هو عبارة عن إمتداد للإتفاق التحكيم والذي بموجبه تحال النزاعات المتفق عليـها أمـام هيئة التحكيم ، والبعض الآخر يرى بأن القرار التحكيمي هو عبارة عن حكم ، كغيره مـن الأحكـام القضائية. وان اصداره من المحكم يعد إجازة فقط.

غير أننا نرى بأن القرار التحكيمي ، وإن كان يستمد وجوده من إتفاق التحكيـم المـبرم بـين الأطراف ، فإن شروط إصداره وكيفية تنفيذه كالأحكام القضائية لذا فهو يتميز بطبيعة مزدوجـة يبـدأ بالعقد وينتهي بحكم.

وإن كانت الطبيعة الدولية للنزاعات المثارة في مجال التحكيم التجاري الدولي ، قد أوجدت نوعـا من قرارات التحكيم توصف بالدولية (لتعلقها بمصالح التجارة الدولية) ، والذي تبناه المشرع الجزائـري ،

على أن يكون مقر أو موطن أحد الأطراف المتنازعة في الخارج (المادة 458 مكرر ق.إ.م.ج) بعد ما كانت تجرى على التفرقة بين قرار التحكيمي الوطني والأجنبي ، على أساس معايير التي اختلف في تحديد أولويتـها وأساسها.

غير أن كل هذا يبقى المهم هو جوهر القرار التحكيم الفاصل في النزاع التجاري الدولي ، وهـــو عبارة عن قانون يطبق على موضوع النزاع ، الذي كان الإهتمام به شيئا منطقيا ، فهو مضمون القــــرار التحكيمي.

وإن اختلفت التشريعات ولوائح الهيئات التحكيمية المتخصصة ، في تنظيم هذه المسألة. إلا أنهـــا اتفقت في كون الإرادة لها دورا مهما في اختياره ، على ألا يكون ذلك قصد الغش أو التهرب من القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أصلا.

وفي حالة غياب تلك الإرادة يلجأ إلى منهج التنازع أو تطبيق القانون الأكثر إرتباطا بـالموضوع ، بما فيها إمكانية تطبيق قواعد التجاري الدولية لا سيما إذا اتفق الأطراف على تطبيقها.

وإن كان المشرع الجزائري مترددا من هذه المسألة فإنه بعد تبنى الجزائر نهج اقتصـــاد الســـوق ، وفتح المجال أمام الإستثمار الأجنبي ، ومنح الإستقلالية للعديد من المؤسسات الوطنية العامة ، رأى أنه مـــن الضروري إيجاد تشريع يتلائم وهذا المنهج الجديد ، وأقر بذلك إمكانية اللجوء إلى التحكيـــم الـــدولي ، وتنظيم مسألة القانون الواجب التطبيق ، والتي يؤكد فيها إمكانية تطبيق قانون بديل للقانون الوطـــني ، في العديد من الإتفاقيات الثنائية والجماعية والدولية ، ولا سيما على مستوى التشـــريع الداخلـــي بـــإصدار المرسوم التشريعي رقم 93-09 ،المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي ، وأخص القرارات التحكيميـــة بأهميـــة بالغة لكونها تعد جوهر التحكيم وبموجبها يضمن الأطراف حقوقهم والفصل في نزاعاتهم نهائيا ، هذا مـــا يستدعي الإعتراف بها وبكافة آثارها القانونية وهي المسألة التي نتطرق إليها في الباب الثاني.

الباب الثاني: أثار القرار التحكيمي والطعن فيه

التحديد والتقسيم:

من خلال تطرقنا لقرارات التحكيم التجاري الدولي، إنطلاقا من إتفاق الطرفين على إتباع التحكيم لحسم خلافاقم، وتحديد مضمون القرار التحكيمي. من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق علىموضوع النزاع، فإنه يلاحظ أنه بعد إصدار القرار التحكيمي يكون النزاع قد وجد حلا له لتبدأ مرحلة جديدة يرتب فيها القرار التحكيمي جملة من الأثار القانونية تكون في مواجهة أطراف التحكيم، أي أطراف النزاع والهيئة التحكيمة التي أصدرته، وأيضا أمام الهيئات القضائية لدولة التنفيذ.
وعلى الإعتبار أن إتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي صادقت عليها الجزائر تعد من أهم الإتفاقيات التي إهتمت هذا الموضوع، فإن محور دراستنا هذ ه سوف ترتكز على ضوء هذه الاتفاقية التي أصبحت جزء من التشريع الوطني بمصادقة الجزائر عليها، وكذا المرسوم التشريعي رقم 93- 09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الجزائرية، الذي إهتم بمختلف الأثار التي تترتب عن القرار التحكيمي (الفصل الأول). كما أن معظم النظم القانونية تحاول أن تمارس قدرا معينا من الرقابة علىالقرارت التحكمية، من خلال إمكانية طعن الأطراف فيها، أو رفض السلطات القضائية في دولة التنفيذ، الإعتراف بها وتنفيذها، وهذه الإمكانية في الطعن تختلف عن تلك المعتمدة لذا بعض المؤسسات التحكيمية، في حالة لجوء الأطرف للتحكيم لدى مراكزها، وإختيار قواعدها التحكيمة لسير عملية التحكيم، وإصدار القرار التحكيمية على ضوئها، وأيضا بين ما تقره الإتفاقيات الدولية المهتمة بالقرار التحكيمي بصفة خاصة والتحكيم التجاري الدولي بصفة عامة، كإتفاقية نيويورك سنة 1958، وأخيرا وفقا ما يتضمنه المرسوم التشريعي رقم 93-09 ،المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الجزائري (الفصل الثاني).

الفصل الأول : أثار القرار التحكيمي

إذا كان التحكيم التجاري الدولي هو الأسلوب أو الطريقة التي يلجأ إليها الأطراف لحسم المنازعات الناتجة عن العلاقات التجارية الدولية ، خارج حدود القضاء العادي، فإنه وبعد إصدار القرار التحكيمي يرتب جملة من الآثار تعمل على ضمان فعالية التحكيم والقرار التحكيمي بتجسيد ما يرتبه ويتضمنه، لا سيما في حالة عدم تنفيذه من الطرف المحكوم عليه طوعية لذلك القرار التحكيمي.

وأثار القرار التحكيمي منها ما تكون في مواجهة أطراف النزاع ومنها ما تكون في مواجهة الهيئة التحكيمية التي أصدرته، لتمتد أيضا إلى السلطات القضائية لدولة التنفيذ التي تقرر مدى إمكانية الإعتراف بالقرار أو الحكم التحكيمي وتنفيذه على إقليمها حسب الشروط المقررة في قانونها.

تلك هي المسائل التي نتطرق لها في هذا الفصل، ونحاول دراستها في مبحثين. يخصص المبحث الأول : لأثار القرار التحكيمي بالنسبة لأطراف التحكيم ويخصص المبحث الثاني: لمواجهة الجهة القضائية المختصة في دولة التنفيذ للقرار التحكيمي.

المبحث الأول: أثار القرار التحكيمي بالنسبة لأطراف التحكيم

إن صدور القرار التحكيمي يرتب جملة من الأثار التي تكون في مواجهة الأطراف المتنازعة فيما بينها، وحتى بالنسبة للهيئة التحكيمية في مهامها، والتي تعد الطرف الفاصل في الخصومة بموجب القرارت التي تصدرها.

المطلب الأول : أثار القرار التحكيمي بالنسبة لطرفي النزاع

إذا كانت إرادة الطرفين هي الأساس في التحكيم، و رغبتهم في إيجاد حل لنزاعهم خارج القضاء، فإنه بعد صدور القرار التحكيمي الفاصل في النزاع، يلقي على عاتقهم الإلتزام بما يلي:

1 ـــ إلتزام الأطراف بعدم عرض النزاع من جديد على القضاء

إن إلتزام الأطراف بإسناد النزاع أو النزاعات المتفق عليها في إتفاق التحكيم على هيئة تحكيمية، يفيد رغبتهم في تنازلهم عن إختصاص القضاء العادي وهذا الإلتزام ناتج عن التطبيق المحض لمبدأ العقد شريعة

المتعاقدين (1)، وعليه لا يمكن لأي طرف قبل أو بعد صدور القرار التحكيمي أن يعرض النزاع على القضاء بخلاف ما يقتضيه إتفاق التحكيم.

ولقد تم التأكيد على مبدأ عدم إختصاص القضاء العادي في النزاعات المعروضة على التحكيم سواء كانت قد فصلت فيها هيئة التحكيم ، أو لم تفصل فيه بعد، في إتفاقية نيويورك لسنة 1958، الخاصة بالإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، والتي صادقت عليها الجزائر، حيث تنص مادتها الثانية الفقرة الأولى والثالثة على أنه:"تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الإتفاقية المكتوبة التي يلتزم فيها الأطراف بأن تعوض على التحكيم جميع أو بعض الخلافات التي قامت أو يمكن أن تقوم بينهما بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية أم غير تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم.

وتقوم أية دولة متعاقدة يرفع إليها النزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها إتفاقية حسب هذه المادة بإحالة الأطراف على التحكيم".

وترى الفقيهة سامية راشد:" أن هذا النص يعد أهم منجزات إتفاقية نيويورك لسنة 1958 لأنه فرض حضرا قاطعا، يلزم محاكم الدول بالإمتناع عن سماع الدعاوي التي ترفع أمامها في حالة إتفاقهم مسبقا على إجراء التحكيم بشأنها ، وبالتالي يكون قد وضع حدا للأثار السلبية التي تترتب عن اللجوء لمثل هذا الأسلوب الذي يهدد مستقبل التحكيم"(2)، مما يفيد أنه لا مجال لعرض النزاع من الأطراف على القضاء العادي.

وقد تم تأكد المشرع الجزائري على هذا المبدأ الذي يقضي بعدم اختصاص القضاء العادي، وإلتزام الأطراف بعدم عرض منازعاتهم التحكيمية سواء قبل الفصل فيها بقرارات تحكيمية أو بعدها، حسب ما نصت عليه المادة 458 مكرر8 من ق. إ. م. ج، والتي تقضي بعدم إختصاص القاضي للفصل في الموضوع الذي عرض للفصل فيه عن طريف التحكيم.

2 ـــ حجية قرارات التحكيم التجاري الدولي

إن حجية قرار التحكيم تعد من أهم أثار القرار التحكيمي المنهي لنزاع الأطراف ،وبموجبه يمتنع الأطراف عن رفع النزاع الذي فصل فيه بموجب القرار التحكيمي أمام المحكم أو حتى القاضي للفصل فيه من جديد

1- فحسب نص المادة 106 من قانون المدني الجزائري فإن :"العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

2- سامية راشد" التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة" منشأة المعارف لسنة 1984 ص 434.

ويجب التفرقة في هذا الصدد بين حجية الأمر المقضى به بالنسبة لقرار التحكيم، الذي تستنفذ بـه هيئة التحكيم ولايتها، وبين قوته التنفيذية، فهما مرحلتان تستقل كل منهما عن الأخرى وقرار التحكيم يحوز الحجية ولو لم يصدر الأمر بتنفيذه بل حتى ولو كان قابلا للطعن(1).

فحجية الشئ المقضى به - Autorité de la chose jugée - هي قرينة قاطعة على " الحقيقة" التي يعلنها الحكم أوالقرار الصادر بحل المنازعة، على نحو أو آخر، سواء أكان حكما قضائيا أو كان قرارا صادرا من هيئة تحكيمية، وتعني هذه القرينة أن الوقائع مثبتة والحقوق التي قررت لايمكن منا قضتها من جديد(2) .

وبإعتبار هذه الحجة هي "العنوان" الحقيقة فإنه يكون من ناحية لطرف النزاع الذي كان الحكم أوالقرار لصالحه أن يتمسك بالحكم أو القرار الصادر، وبكافة المميزات المترتبة عليه، ومن ناحية أخرى فإنه لا يجوز طرح النزاع المقضي فيه من جديد على أية هيئة قضائية أو تحكيمية أخرى(3).

أما أمر التنفيذ وهو الذي يسبغ على القرار التحكيمي قوته التنفيذية، ويرفعه إلى مطاف السندات التنفيذية، حيث يقتصر فيه – موضوع الطلب التنفيذ –على التحقق من مدى توافر الشرط اللازمة للتنفيذ(4).

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر 16 الفقرة (1) و(2) من ق. إ. م. ج على أنه : "يكتسي القرار التحكيمي فور صدوره حجية الشئ المقضى فيه المتعلق بالنزاع الذي فصل فيه". مما يفيد عدم جواز عرض الأطراف للمنازعة نفسها أمام أية هيئة تحكيمية أو قضائية للفصل فيه من جديد، هذا لكون أن النزاع قد فصل فيه أصلا، وهذا ما يفسر إنهاء مهمة المحكمة التحكيمية بمجرد الفصل في النزاع الذي عرض أمامها. (المادة 458 مكرر 15 من ق.إ.م.ج).

غير أن القرار التحكيمي الذي يكتسى حجية الشئ المقضى فيه، قد ترتكب فيه بعض الأخطاء المادية أو يكون غير واضح، وإنهاء مهمة محكمة التحكيم بمجرد إصدارهاللقرار التحكيمي الفاصل في النزاع، قد يعيق إمكانية تصحيح تلك الأخطاء المادية، أو تفسير القرار التحكيمي.

إن المشرع الجزائري لم ينص على مواجهة هذه الحالة، لذا فالحل يكمن في مدى إتفاق الأطراف على ذلك أو إجازة القانون الإجرائي الواجب التطبيق أو القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه،كنظام هيئة

1 - عبد الحميد المنشاوي" التحكيم الدولي والداخلي" منشأة المعارف سنة 1995 ص 78.

2-H . Mhotiskey « L 'internationalisation du droit français de L'arbitrage » Ruv. Arb. 1963. p110-122

3- أبو زيد رضوان:" الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي" القسم الأول مجلة الحقوق والتشريعة السنة الأولى العدد الأول 1977 ص 51.

4 -منير عبد الحميد " التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي " منشأة المعارف لسنة 1997 ص 274.

التحكيم المختصة الذي يجيز ذلك(1). في حين أن هناك من التشريعات (2) التي تنبهت لهذه المسألة فنصت على إمكانية تصحيح الأخطاء المادية وتفسير القرار التحكيمي على أنه يقتضي توافر الشروط التالية:

- أن لايكون قد إنقضى ميعاد التحكيم، لأنه بعد ذلك تزول سلطة الهيئة التحكيمية، ولا تستند بأي أساس في وجودها، وهذا ما لم يتفق الأطراف على تمديد الميعاد لتصحيح أو تفسير القرار التحكيمي.

- أن لا يكون قد تم إيداعه لدى الهيئة القضائية المختصة بالأمر بتنفيذه، لأنه بعد ذلك يخرج عن ولاية الهيئة التحكيمية ويدخل ضمن ولاية الهيئة القضائية المختصة بالتنفيذ.

3 ـ إلتزام الأطراف بتنفيذ القرار التحكيمي

بعد صدور القرار التحكيمي المهني للنزاع المعروض أمام هيئة التحكيم، تأتي مرحلة تنفيذ هذا القرار. فقد يلتزم الأطراف ويذكرون بشكل صريح في إتفاقهم التحكيمي على ضرورة إلتزامهم بتنفيذ القرار التحكيمي، حيث يذكران بعد إبداء رغبتهم في حل النزاع بطريق التحكيم، ان قرار أو حكم التحكيم يعتبر ملزما ونهائيا (3)، مما يفيد إمكانية تنفيذ تنفيذه بإرادة الأطراف مباشرة بعد صدروه، ودون تدخل سلطات الدولة المراد التنفيذ فيها.

وتحرص العديد من المؤسسات التحكيمية على ضرورة إلتزام الأطراف بتنفيذ القرار التحكيمي، من ذلك ما تقضي به قواعد هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، حيث أشارت في المادة 24 منها على أن: " الطرفين عندما أخضعا نزاعهما للتحكيم إلتزاما بتنفيذ القرار او الحكم دون تأخير..."، وهذا قصد بعث الثقة و تشجيع الاطراف على تنفيذ قرارات التحكيم إراديا(4).

ويرى الفقيه روني دافيد في هذا الصدد :" أن هناك عدة أصناف للإجراءات التي تتبعها المنظمات المهنية ضد المحكوم عليهم الذين لا ينفذون القرارات التحكيمية التي صدرت ضدهم، وأول إجراء : النشر، حيث ينشر عدم التنفيذ الشخص الذي صدر القرار ضده ومثل هذا الإجراء سوف يؤدي إلى تردد باقي الأشخاص للتعامل مع هذا الطرف الذي قبل بالتحكيم ورفض الإلتزام بتنفيذ القرار التحكيمي، والإجراء الثاني: هو عدم السماح للطرف الذي إمتنع عن الإلتزام بتنفيذ القرار التحكيمي في الإستفادة من التسهيلات التي تمنحها المنظمة المهنية التي ينتمي إليها ،في إجراء التحكيم مستقبلا(5).

1- راجع: فوزي محمد سامي- المرجع السابق – ص 355 وما بعدها.

2 - قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل سنة 1981 في مادة 1475 منه ،وقانون الإجراءات المدنية اللبناني المادة 792 منه.

3 - فوزي محمد سامي – المرجع السابق ص 359.

4 – وأيضا المادة 53 الفقرة (1) منه إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965.

5 – فوزي محمد سامي – المرجع السابق ص 360.

ويرى الفقيه تركي نور الدين :" أن تجربة التحكيم التجاري الدولي بالنسبة للجزائر أوضحت أنه في أغلب الأحيان أن القرار أو الحكم التحكمي الذي يفصل في النزاعات التي عرضها الأطراف ينفذ إراديا لكونه محكوما عليها بنوع من التنفيذ الجزئي مسبقا" (1) .

غير أنه وإن كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على ضرورة إلتزام الأطراف بتنفيذ القرار التحكيمي إراديا، وترك ذلك لحرية الأطراف في الإتفاق عليه، فإنه ليس ثمة ما يبرر عدم تدخل القضاء العادي لتنفيذه والتأكد من سلامته، لاسيما وأنه قد تكون خبرة الأطراف محدودة في التأكد من سلامة القرار التحكيمي ومراعاته لضمانات الأفراد الواجب إحترامها.

المطلب الثاني: أثار القرار التحكيمي في مواجهة الهيئة المصدرة له

لقد نص المشرع الجزائري في مادة 458 مكرر 16 الفقرة 1 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 على أن : " القرار التحكيمي الذي يفصل في المنازعة ينهي مهمة محكمة التحكيم " ،مما يفيد أن إنتهاء مهمة المحكم التي كانت قد أوكلت له من طرف الأطراف المتنازعة بموجب إتفاق التحكيم، تنتهي بمجرد إصدار القرار أو الحكم التحكيمي الفاصل في النزاع ،وإنتهاء مهمة المحكم تعني عدم إمكانية الرجوع مرة ثانية للنظر في النزاع أو إعادة النظر في القرار الذي اصدره المحكم أو الهيئة التحكيمية، هذا بخلاف ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في مادة 1475 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد المعدل سنة 1981 ، وبعد ما نصت الفقرة الأولى منه على أن الحكم أو القرار الذي يفصل في النزاع ينهي مهمة محكمة التحكيم، أشارت الفقرة الثانية من نفس المادة انه و بالرغم من ذلك تبقى سلطة المحكم في تفسير القرار وتصحيح الأخطاء أو إكمال النقص، بسبب إغفال إتخاذ القرار أو الحكم بشأن موضوع كان قد تم طلبه أثناء المرافعة (2).

---

1 - نور الدين تركي – المرجع السابق - ص 126.

2 -وهذا ما أخذت به أيضا إتفاقية 1965 ،الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بموجب المادة 50 الفقرة 1 منها التي تنص :" إذا نشأ نزاع بين الأطراف فيما يتعلق بمفهوم أو مضمون القرار فإنه يمكن للخصم صاحب الشأن أن يتقدم كتابة إلى السكرتير العام بطلب تفسير القرار".

غير أنه يؤخذ على هذه الإتفاقية أنها يمكن أن توكل تفسير القرار إلى هيئة تحكيمية غير التي أصدرت القرار التحكيمي (أنظر: المادة 50 الفقرة (2) من نفس الإتفاقية) .

– كما نصت إتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987 بموجب مادتها 32 على إمكانية تصحيح الخطأ المادي على أن يقدم طلب التصحيح خلال 15 يوما منذ تاريخ الإستلام .

لذا فسكوت المشرع الجزائري عن حالات تفسير القرار التحكيمي وتصحيح أخطائه المادية أو إكمال النقص، وبإنهائه لمهام المحكم بمجرد إصداره القرار التحكيمي ، يكون قد أغفل مسألة حيوية يمكن أن تثار بين الأطراف المتنازعة (1) ويرى الفقيه التركي نورالدين :" أن الحل لهذه الإشكالات يكمن في القانون الإجرائي أو نظام التحكيم المطبق على موضوع المنازعة (2)لا سيما في حالة الإلغاء المحتمل للقرار التحكيمي من طرف القاضي المختص في دولة التنفيذ ،مما يقتضي السماح لهيئة التحكيم بانعقادها مرة أخرى للفصل في المنازعة.أما في حالة غياب كل المؤشرات التشريعية ، فالفقه يفرض ضرورة التمسك بالتفسير الضيف لقاعدة إنهاء مهمة محكمة التحكيم " (3) .

في حين يرى الفقيه فوزي محمد سامي :"أن هذه السلطة تكون للمحكمة المختصة أصلا بالنزاع،لاسيما وأنه قد لا تكون إمكانية لإجتماع هيئة التحكيم مجددا "(4).

غير أننا نلاحظ أن تنظيم هذه المسألة الأفضل أن تترك للقانون الإجرائي المطبق على المنازعة أو إتفاق الأطراف بشأنها، لأنه قد يتفق الطرفان علىتفسير القرار التحكيمي، وفقا لقانون معين ، كالقانون الذي تتبعه بعض المنظمات المهنية(5).

كما أن غاية الأطراف تتجه إلى حل النزاع عن طريق اللجوء إلى التحكيم، أما في حالة غياب كل ذلك يمكن أن يؤول الإختصاص إلى المحكمة المختصة، هذا ما لم يقضي القانون الإجراء المطبق علىالنزاع أو الأطراف صراحة على خلاف ذلك.

المبحث الثاني : مواجهة الجهة القضائية المختصة بالتنفيذ للقرار التحكيم

إن غاية إصدار القرار التحكيمي من طرف المحكمة التحكيمية هي تنفيذه، وفي حالة تقاعس الطرف الذي صدر القرار ضده عن تنفيذه طواعية يلجأ الطرف الذي حكم لصالحه إلى الجهة القضائية المختصة طالبا تنفيذه، ولكن هذه الأخيرة لا تأمر بتنفيذه إلا بعد إعترافها بهذا القرار، وإتباع إجرءات معنية.

1- راجع ما سبق ص 96.

2- وهذا ما تنبهت إليه إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965 (المشار إليها أعلاه). حيث تنص المادة 52 منها الفقرة 6 أنه : " إذا أعلن بطلان القرار، يعرض النزاع بناءا على طلب الخصم صاحب المصلحة في التعجيل على محكمة جديدة تتألف طبقا لقسم الثاني من هذا الفصل".

3 - نور الدين تركي – المرجع السابق – ص 124.

4 - فوزي محمد سامي – المرجع السابق- ص 362.

5 - راجع جهود المنظمات المهنية في مجال التجارة الدولية في مؤلف : الطبيب زروتي – المرجع السابق – ص 165.

المطلب الأول: إعتراف الجهة القضائية المختصة بالقرار التحكيمي

إذا كان الأصل في قرار التحكيم الفاصل في منازعات الأطراف التي لجأت إلى التحكيم كوسيلة لفضها، هو إحترامه من قبل الأطراف وتنفيذه إختياريا، فإنه قد يرفض أحد الأطراف تنفيذه ،مما يؤدي بالطرف الثاني إلى اللجوء للمحكمة المختصة قصد الإعتراف به وجبر خصمه علىتنفيذه. وكثيرا من المهتمين بقرار التحكيم لم يحاولوا الفصل بين الإعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه على أساس أن تنفيذ القرار التحكيم بتضمن في جوهره إعتراف بهذا القرار.

غير أننا نرى بأن الإعتراف هو إقرار بمصداقية القرار التحكيمي وفق ما تقتضيه القونين والإتفاقيات الدولية ، وهو عمل يسبق التنفيد.

كما أن الإعتراف بالقرار التحكيمي لا يعني بالضرورة تنفيذه، فقد تعترف بعض الدول بالقرار التحكيمي، بينما ترفض تنفيذه ، لكونه يتعارض مع نظامها القانوني أوكأن يكون قد تضمن إنهاء نزاع يحضر إنهائه عن طريق التحكيم.

في حين المقصود بالتنفيذ (1) هو وسيلة إقرار وإعتراف بقرار التحكيم، وقد تلجأ إليه بعض الدول رغم وجود تشريعاتها التي تحضر الإعتراف به(2).

وعلى ضوء ما تقدم فإن أول أثر لإصدار القرار التحكيمي يواجه الهيئة القضائية المختصة في دولة التنفيذ هو الإعتراف بالقرار التحكيمي ثم قبوله للتنفيذ وهذا الإعتراف يستلزم جملة من الشروط والإجراءات والتي نتناولها فيما يلي:

الفرع الأول: شروط الإعتراف بالقرار التحكيمي

إن المشرع الجزائري رغم أنه لم يحاول التمييز بين الإعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه ، فقد وضع شروطا للإعتراف بقرار التحكيم قصد تنفيذه من طرف المحاكم الجزائرية بموجب المادة 458 مكرر 17 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 التي تنص على ما يلي :

---

1 -وهذا ما سنتناوله لاحقا في المبحث الثاني من هذا الفصل.

2 -راجع العديد منه قرارات التحكيم التي كانت فيها الجزائر تلجأ إلى التحكيم وتعمل على تنفيذها رغم الحضر الذي كان يفرضه قانون الإجراءات المدني الجزائري قبل التعديل في مجال التجارة الدولية.(بلقاسم بوازنه – منازعات في مجال المحروقات بين الجزائر والشركات الأجنبية – ديوان المطبوعات الجامعية لسنة 1985ص 34 وما بعدها).

" يتم الإعتراف في الجزائر بالقرارات التحكيمية الدولية إذا ثبت المتمسك بها وجودهـــا، وكـــان هـــذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

وعليه فإن شروط الإعتراف بالقرارات التحكيمية هي كالتالي:

أولا: إثبات وجود القرار التحكيمي

يقتضي المشرع الجزائري للإعتراف بقرار التحكيم، أن يكون موجودا أصلا، فلا يعقل أن يعترف بـــه دون تقديم سند يثبت فيه أن القرار التحكيمي قد صدر أصلا في النزاع الذي عرض على هيئة التحكيم.

ويرى الفقيه مصطفى طراري طاني:" أن إثبات وجود القرار التحكيمي يكون وفق ما تقتضيه المـــادة 458 مكرر 18 من المرسوم التشريعي رقم 93-09، أي بتقديم أصل القرار التحكيمي وإتفاقية التحكيـــم أو نسخا من هذه الوثائق " (1).

وبالرجوع أيضا إلى نص المادة 4 من إتفاقية نيويورك لسنة 1958، الخاصة بإعتماد القرارت التحكيميـــة الاجنبية وتنفيذها والتي صادقت عليها الجزائر، فإنه يقتضي التصديق على النسخ المقدمة من الطرف الـــذي يطلب اعتماد وتنفيذ القرار التحكيمي وهذا حتى يثبت صحتها، وإذا لم يكن القرار أو الحكم التحكيمـــي و الإتفاقية التحكيمية المذكوران سالفا محررين بلغة البلد الرسمية التي يطلب فيها إعتماد وتنفيـــذ القـــرار التحكيمي فإنه يتعين على الطرف الذي يطلب الإعتماد أو الإعتراف والتنفيذ أن يقـــدم ترجمـــة لتلـــك الوثائق،يصادق عليها مترجم رسمي أو مترجم محلف أو عون دبلوماسي أو قنصلي مؤهل.

ثانيا : عدم مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام

يقتضي أيضا للإعتراف بالقرار التحكيمي حسب المادة 458 مكرر 17 الفقـــرة الأولى مـــن المرســـوم التشريعي رقم 93-09 عدم مخالفته للنظام العام وهذا ما تقر به أيضا المادة 458 مكرر 23 من نفس المرسوم، التي تجيز للقاضي الجزائري أن يرفض إعتماد أو الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي، إذا كان ذلك يخـــلف النظام العام و هذا مانصت عليه أيضا إتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، الخاصة بإعتماد القرارت التحكيميـــة الأجنبية وتنفيذها ، في مادتها الخامسة الفقرة (هـــ) البند (2).

غير اننا نتساءل : عند مفهوم النظام الذي بموجب يمكن للقـــاضي أن يرفـــض الإعـــتراف بـــالقرار التحكيمي وحتى تنفيذه ؟ .

للإجابة عن هذا التسائل لا بد منه التطرف بإيجاز إلى التطور فكرة النظام العام ،ثم نبرز تعريفها الـــذي بموجبه يمكن للقاضي إستبعاد القرارات التحكيمية وعدم الاعتراف بها .

1-MOSTAFA .TARARI .TANI « les Règles d'arbitrage International en Algérie » Rev. A.S.G.E.P. N° 25.1997 p 26.

أ ــ تطور فكرة النظام العام

إن هذه الفكرة كانت تستخدم أساسا كأداة لتثبت الإختصاص للقانون الإقليمي (1)، والتي واجهت القرارت التحكيمية في الإعتراف بها وتنفيذها.

ولقد بدأت ملامح فكرة النظام العام لأول مرة في فقه الأحوال الإيطالي القديم حيث فرق الفقيه " بارتول"- Bartole- في العصور الوسطى بين الأحوال " المستحسنة" والأحوال "المستهجنة".

فالأحوال المستحسنة هي القوانين التي تصاحب الشخص أينما ذهب فتطبق عليه حتى ولو غادر الإقليم، أما الأحوال المستهجنة فهي القواعد التي لا تتعدى أثارها حدود إقليم البلد الذي أصدرها(2).

وبعدها وضع الفقيه الإيطالي" ما نشيني" نظريته الشهيرة والتي أكد فيها مبدأ شخصية القوانين، بإعتبار أن القانون قد وضع ليحكم سلوك الأشخاص قبل أن يطبق في حدود الأقاليم، وأورد على نظريته إستثناءات أولهما : يتعلق بتطبيق قانون الإرادة على العقود ، ثانيهما: يخص تطبيق القانون المحلي على شكل التصرفات أما الإستثناء الثالث: وهو الذي يعنينا في هذا المقام، فهو خاص بقواعد القانون العام والقوانين الخاصة بالأمن المدني وبالملكية العقارية، فقد قرر مانشيني ان هذه القوانين تطبيق إقليميا لتعلقهما بالنظام العام، بمعنى الها تطبق على كل من يقطن الإقليم وطنيا كان أم احنبيا.

ويضيف مانشيني أن فكرة النظام العام يمكن إعمالها حتى على قانون الإردة أو قانون الذي يحكم شكل التصرف، فيما لو تبين للقاضي أن هذا القانون يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في قانونه(3).

وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول بأن العصر القديم قد أخذ بفكرة النظام العام وإن كان غيرواضح في معالمه،لأنه كان يرمي إلى تثبت الإختصاص للقانون الإقليمي، دون أن يراعي في إستعماله خصوصيات المعاملات التجارة الدولية وحاجيتها.

لاسيما وأن هذه المعاملات التجارية حاليا قد عرفت تطورا ملحوظا يقتضي مواكبة وفق ما يتطلبه.

أما الفقيه الألماني "سافيني" في القرن التاسع عشر فقد كان أول من صور فكرة النظام العام من خلال عرضه لفكرة – الإشتراك القانوني – والتي تتلخص في أن القوانين السائدة في الدول المسيحية الوارثة للقانون الروماني تشترك فيما بينها في الأصول العامة التي ترجع الى وحدة الاصل التاريخي لهذه لبقوانين من جهة وعلى الديانة المسيحية من جهة أخرى(4) .

---

1 – هشام علي صادق " دروس في القانون الدولي" الدار الجامعية لسنة 1986 ص 136 .

2 – علي علي سليمان " مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية لسنة 1993 ص 148.

3 – راجع في هذا الصدد : هشام علي صادق – المرجع السابق – ص 139.

4 – راجع في هذا الصدد : الطيب زروتي – المرجع السابق – ص 329.

غير أنه وإن كانت نظرية الإشتراك المنسوبة للفقيه "سافيني" تقتضي وحدة النظام العام في الدول الدائرة التي يشملها الإشتراك لتقارب المفاهيم القانونية بين تلك الدول وتوحيد معاني العدالة والأخلاق بين هذه المجتمعات إلا أن هذا الإفتراض الأولي مجرد قرينة بسيطة لا يصدق دائما ، فهناك دول تجمعها دائرة إشتراك واحدة ولكن مفهوم النظام العام فيها مغايير، لذلك فإن مهمة القاضي وهو بتفحص بمنظار النظام العام العلاقات الأجنبية المعروضة عليه وهي مهمة صعبة ودقيقة يجب عليه أن ينطر إلىالنظام العام نظرة واحدة وألا يحل أرائه ومعتقداته محل ما يعتقده مجتمعه(1).

ويرى الفقيه ـ لوسوران ـ: " أن القانون الوطني يجب أن لا يتنازل أبدا عند سيادته لصـــالح قـــانون أجنبي ، ولو كان مختصا طبقا القواعد الإسناد الوطنية، لأن عدم مخالفته للنظام العام هي قيد على قـــاعدة الإسناد، هذه القاعدة المزدوجة، يتحدد بموجبها إختصاص القانون الوطني وإختصاص القانون الأجنـــبي، فلا يجوز تطبيق هذا القانون إلا في حالة غياب تدخل النظام العام "(2) .

غير أنه ورغم أخذ المجتمعات القديمة بفكرة النظام العام، إلا ألها تبقى تتسم بالغموض والـــذي هـــو إحدى مميزاقما في مجال القانون الدولي الخاص. على حد القول الفقيه " علي علي ســـليمان " وإن كـــان الفقه الحالي قد إستقر على أن يترك تقديرها لقضاء كل دولة، يطورها طبقا لتطور المبـــادئ والأخـــلاق والتقاليد في بلده وعصره، يستخدمها كسلاح إستثنائي ضد تطبيق القوانين الأجنبية التي تختلف إختلافـــا جوهريا عن قانون دولته سواء في مفهومها أو في أهدافها الخلقية أو الإجتماعية أوالإقتصادية.

وقيام القضاء بهذه الوظيفة يعتبر كهيئة رقابة تمنح القانون الأجنـــبي أو لا تمنحـــه تأشـــيرة الدخـــول في إقليمه(3).

ولقد تم أيضا تكريس فكرة النظام العـــام في العديـــد مـــن الإتفاقيـــات الدوليـــة (4) والتشـــريعات الداخلية(5)والتي بموجبها يمكن التصدي للقرار التحكيمي من طرف قاضي دولة التنفيذ .

---

1 - الطيب زروتي – القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية – الجزء الأول، مطبعة الكاهنة 2000 ص 242 و 243.

2 - لو سوران مشار إليه في مؤلف :

الطيب زروتي – النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن – رسالة الدكتوراه ،جامعة الجزائر 1991 ص 329 .

3 - علي علي سلمان – المرجع السابق- ص 149 .

4 - راجع إتفاقية نيويرك لسنة 1958 ، الخاصة بإعتماد القرارات التحكمية الأجنبية وتنفيذها ، المادة 5 الفقرة (2) البند (هـــ) وأيضا إتفاقية عمان العربية لسنة 1987، الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي المادة 35 الفقرة (هـــ).

5 - قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل سنة 1981 ،المادة 1502 الفقرة (5) منه وأيضا القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986المادة 6 منه والقانون المدني الجزائري المادة 24 منه والمادة 458 مكرر 17 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 .

ب – تعريف الدفع بالنظام العام

بعد أن تم التأكيد على الأخذ بفكرة النظام العام من خلال الأراء العديدة للفقهاء والتشريعات فقد قدمت محاولات عدة لتحديد مفهوم الدفع بالنظام العام منها ما يلي:

يرى الفقيه – عز الدين عبد الله – :"أن الدفع بالنظام العام هووسيلة قانونية يستبعد بها في النزاع المطروح أمام القاضي الإختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي متى تعارضت أحكامه تعارضا أساسيا مع الأفكار التي يقوم عليها قانون القاضي "(1).

في حين هناك من حاول أن يعرف الدفع بالنظام العام عن طريق وضع قائمة للقوانين التي تعتبر متعلقة بالنظام العام وتتلخص هذه القوانين حسب رأي الفقيه "قاليري" فيما يلي:

— إذا كان الغرض من القاعدة القانونية يتعلق تنظيم وحماية أمن الدولة في الداخل والخارج .

— إذا كان الغرض من القاعدة القانونية حماية الحقوق المقررة في الدستور والتي يعبر عنها بالحريات الضرورية للمواطن ،كحق التفكير والعمل وحرية التنقل والملكية ...إلخ .

— الحقوق المتعلقة بحالة الأشخاص والقونين المتعلقة بها تكون عادة مقصورة على المواطنين دون الأجانب، فلا يعقل بأي حال من الأحوال أن يسمح القاضي بتطبيق قانون أجنبي على المسائل المتعلقة بالحالة المدنية لأفراد مجتمعه .

— القوانين الإقليمية وهي المعبر عنها بقوانين الأمن والبوليس والقوانين المالية. (2)

ورغم تعدد المفاهيم التي أحالت دون وضع تعريف محدد للنظام العام فإنه في إطار القانون الدولي الخاص هو بمثابة أداة إستثنائية تسمح بإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص – في مجال تنازع القوانين – أو بعدم الإعتراف و تنفيذ الحكم قضائيا كان أو قرار تحكيميا – في مجال الإعتراف وتنفيذ الأحكام والقرارات الأجنبية – في حالة ما إذا قدرت المحكمة المختصة مخالفة هذا القوانين أو تلك الأحكام والقرارات لمقتضيات النظام العام(3).

وإن كان من الصعوبة بمكان تعريف النظام العام تعريفا جامعا مانعا وتحديد نطاق تدخله سالفا نظرا لكونه فكرة وطنية مرنة أنية تختلف بإختلاف الدول و تتغير في الدولة الواحدة بتعاقب الزمان ولكنها فكرة ينبغي أن تقوم على أسس موضوعية تبعث فيها الخصوبة والمرونة والقابلة للتطور ،وسيلتها في

---

1 – عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني طبعة1977 ص 484.

2 – قاليري المشار اليه في:

بلمامي أعمر – الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص – بحث ماجستير ،جامعة الجزائر لسنة 1986 ص 121 .

3 – عصام الدين القصبي – النفاد الدولي لأحكام التحكيم – دار النهضة العربية لسنة 1993 ص 111.

ذلك هي فكرة المصلحة العليا للمجتمع(1). كل هذا لم يحول دون أخذ المشرع الجزائري بفكرة النظام العام وبموجب المادة 458 مكرر17 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 ، لا يجوز الإعتراف ولا تنفيذ القرارت التحكيمية الأجنبية متى تعارضت مع النظام العام.

مما يفيد أنه يقتضي في قرارات التحكيم التي يصدرها المحكمون في منازاعات التجارة الدولية، التي عرضت عليهم ، ان لا تتعارض مع النظام العام لدولة القاضي المختص ، حتى تلقي الإعتراف والتنفيذ.

غير أنه وعلى حد قول الفقيه- الطيب زروتي-:" يجب أن يكون الدفع بالنظام العام مبنيا على المنطق والضرورة وأن تراعي عند إستعماله خصوصيات المعاملات الدولية الخاصة وحاجاتها ويتعين أن يكون القاضي او المحكم متفتحا على القانون الأجنبي ومتفهما لدور قاعدة الإسناد الوطني ودور الدفع بالنظام العام" (2).

ويجب اللجوء إليه بقدر الحاجة فقط عندما يتعلق الأمر بمصالح جوهرية لقانون القاضي الجديرة بالحماية والمعرضة للحظر(3).

غير أنه هذا يجعل تدخل القاضي لقبول القرارات التحكمية مجاله واسع على قدر الإمكان(4) ومن ثم يجوز له رفض الإعتراف بها اوتنفيذها متى تعارضت مع النظام العام، لهذا يوصف بإنه سلاح إستثنائي يستخدمه القاضي ضد تطبيق القوانين الاجنبية التي تختلف اختلافا جوهريا عن قانون دولته سواء في مفهومها او اهدافها الخلقية او الاجتماعية او الاقتصادية .

الفرع الثاني : إجراءات الإعتراف بالقرار التحكيمي

إن الإعتراف بقرار التحكيم الفاصل في النزاع المثار بين الأطراف المتنازعة والصادر عن هيئة التحكيم من طرف الدولة التي ينفذ فيها، يقتضي إيداعه لدى الجهة القضائية المختصة لدولة التنفيذ، مرفقا بإتفاقية التحكيم والتي بموجبها تم الإتفاق بين الأطراف على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة للفصل في النزاعات المثارة بينهم.

1- الطيب زروتي " القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية " الجزء الأول ، مطبعة الكاهنة 2000 ص 242.

2- الطيب زروتي -المرجع السابق- ص 243 .

3- راجع في هذا الصدد :

هشام علي صادق – المرجع السابق – ص 141 وما بعدها وأيضا : الطيب زروتي – المرجع السابق – ص 242.

4- Mohamed Bejaoui – Ali Mebrokine « le nouveau droit de l'arbitrage International en Algérie » . Rev. Arb. 1994 P. 878

أولا : إيداع القرار التحكيمي مرفقا بإتفاقية التحكيم لدى الجهة القضائية المختصة

لقد نص المشرع الجزائري صراحة على ضرورة إيداع القرار التحكيمي لدى الجهة القضائية المختصة في دولة التنفيذ، قصد الإعتراف به ، بموجب المادة 458 مكرر 19 الفقرة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 93-09 التي تنص :" تودع الوثائق المذكورة في المادة 458 مكرر 18 لدى الجهة القضائية المختصة، أحد المحكمين أوالطرف المعني بالتعجيل"، غير أن الإعتراف بالقرار التحكيمي لا يترتب عن إيداع القرار فقط بل يجب ان تودع معه اتفاقية التحكيم التي بموجبها تم اصدار القرار التحكيمي ،وهذا ما تفيده نص المادة 458 مكرر 18 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 و التي يشترط لإثبات صحتهما أن يكون مصادقا عليهما وفق ما تتطلبه نص المادة الرابعة من إتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتفيذها، هذا إذا كانا محررين بلغة غير اللغة الرسمية في دولة التنفيذ (1).

غير أنه وإن كان إيداع القرار التحكيمي وإتفاقية التحكيم لدى الجهة القضائية المختصة يكون أصلا من أطراف النزاع أو ممن يهمه التعجيل، فإن المادة 458 مكرر 19 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 (السالفة الذكر)، أجازت أيضا للمحكم أن يتولى بنفسه الإيداع ، مما قد لا يمهل أي طرف أن يتماطل في تنفيذه علىأن أطراف النزاع هم من يتحملون النفقات المتعلقة بالإيداع دون غيرهم (المادة 458 مكرر 19 الفقرة الثانية).

ثانيا : تحديد الجهة القضائية المختصة بالإيداع

إن تحديد الجهة القضائية المختصة بإيداع القرار التحكيمي وإتفاقية التحكيم مسألة مهمة لأنه يمكن أن يدفع أحد الأطراف بعدم إختصاص المحكمة التي تم فيها الإيداع ،في حالة ما إذا تم الإيداع لدى جهة قضائية غير مختصة. وقد نص المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر 17 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 على أن أيداع القرار التحكيمي وإتفاقية التحكيم يكون أمام الجهة القضائية التي يطلب فيها تنفيذ القرار التحكيمي.

1- راجع ماسبق ص 102.

أما إذا كان القرار التحكيمي صادرا عن هيئة تحكيم مقرها موجودا بالجزائر فإن الإيداع يكـــون لـــدى رئيس المحكمة التي أصدرت هيئة التحكيم قرارها في دائرة إختصاصه.

أما إذا كان مقر محكمة التحكيم مصدرة القرار في الخارج فيكون الإيداع أمام رئيس محكمـــة محـــل تنفيذ ذلك القرار التحكمي.

غير أنه وإن كان القرار أو الحكم التحكيمي يقتضي الإعتراف به من الجهة القضائية المختصة قبـــل تنفيذه، فإن جوهر الإعتراف بالقرار التحكيمي بالنسبة للأطراف يكمن في تنفيذه، لا سيما إذا تقـــاعس أحد الأطراف المتنازعة على تنفيذه إراديا.

المطلب الثاني: تنفيذ القرار التحكيمي

إذا نجاح نظام التحكيم والتسليم بأفضليته لحل المنازعات التجارة الدولية، يكمن في تنفيذ القرارات الصادرة بموجبه ، لا سيما و أنه الغاية الحقيقية من التحكيم.

كما أن هذا القرار لن يكون له قيمة قانونية أو عملية إذا ضل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، لذلك فان تنفيذ قرار التحكيم يمثل أساس ومحور نظام التحكيم نفسه ويتحدد به مدى فاعليته لفض وتسوية المنازعات (1). وعلى إعتبار أن التحكيم أسلوب ودي يتم اللجوء إليه من طرف الأطراف المتعاقدة، لفض نزاعتهم، فإن ذلك من شأنه أيضا أن يدفع بأطرافه إلى تنفيذ قرارت المحكمين طواعية وبإرادتهم رغبة منهم في الحفاظ على إستمرار علاقاتهم ، وبعث الثقة في علاقاتهم التعاقدية مستقبلا، وهذا دون الحاجة إلى إتخاذ إجراءات قانونية معنية.

كما أن التنفيذ الإرادي للقرار التحكيمي، قد لا يرجع إلى مجرد الإلتزام الإرادي من قبل المحكوم عليه، بل لعدة أسباب أو وسائل تدفع المحكوم عليه بضرورة التنفيذ الإرادي، حتى يتفادى إجراءات زجرية غير مباشرة من جماعة المتعاملين المهنين معه كفرض جزاءات ضده وتعرض سمعته للتشويه(2).

على أنه قد يرفض الطرف المحكوم عليه تنفيذ قرار التحكيم إراديا، وهنا يلجأ الطرف المحكوم له إلى السلطات القضائية لدولة التنفيذ طالبا، تنفيذ هذا القرار جبرا وذلك بالحصول على أمر بتنفيذه، بعد أن تتوافر فيها الشروط والإجراءات المطلوبة لتنفيذها.

1- عصام الدين القصبي- النفاذ الدولي لأحكام التحكيم -دار النهضة العربية 1993 ص 3 و 4.

2- لقد سبقت الإشارة إلى أن هناك من الجزمات المهينة التي يمكن أن تلحق بالطرف الذي لا يقوم بتنفيذ القرار التحكيمي إراديا، كنشرالقرار التحكيمي، وإسم الطرف الرافض للتنفيذ وعدم منحه بعض الإمتيازات التحكيم في نزاعاته المستقبلية التي تقرها هذه المنظمات المهنية مما يؤثر على سمعته التجارية ، ويؤثر في ثقة المتعاملين معه، أوحتى استبعاد التعامل معه أو مقاطعته.(راجع في هذا الصدد :فوزي محمد سامي- المرجع السابق – ص 359 وأيضا بحثنا ص98.

الفـــرع الأول: شـــروط تنــفيذ القرار التــحكيمي

لقد أوردت إتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها التي أصبحت جزءا من التشريع الوطني بمصادقة الجزائر عليها بموجب المرسوم رقم 88-233 ، وهي من أهم الاتفاقيـــات المهتمة بتنفيذ القرار التحكيمي ، وكذلك المرسوم التشريعي رقم 93-09، على جملة من الشروط لإصـــدار الأمر بتنفيذ قرار التحكيم.

وهذا التنفيذ - قرار التحكيم يعد من اهم الاثار ، التي تنجم عن اصدار وقرار التحكيم الفـــــاصل في النزاع الذي يعمل على ضمان فعالية التحكيم والقرار الذي أصدر بموجب اتفاق التحكيم مذلك بتجسـيد ما يقرره و يتضمنه في مواجهة الطراف المتنازعة .

غير أن هذه الشروط السلبية التي جاءت - بموجب الاتفاقية المذكورة اعلاه - في صورة حـــــالات رفض التنفيذ منها من يقع على عاتق من صدر قرار التحكيم ضده لإثبات عدم إستفائها في القرار، ومنـها من تدخل في إختصاص الهيئة القضائية لدى دولةالتنفيذ، تتصدى لها، وتثيرها من تلقاء نفسها.

أولا : حالات رفض تنفيذ قرار الحكم بناءا على طلب المنفذ ضده

أ- عدم صحة اتفاق التحكيم

لقد نصت المادة - 5 - الفقرة الأولى من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، على أنه يكون للجهة القضائية المنوط بها الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي الامتناع عن ذلك إذا ما قدم الخصم دليلا على أن اتفاق التحكيم - المنصوص عليه في المادة الثانية من نفس الاتفاقية - وطبقا للقانون الذي يطبق عليهم يقضي بعدم أهلية الأطراف (1)، أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم وجود مؤشر على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه القرار .

وعليه يجب أن تتوافر في أطراف التحكيم أهلية التصرف ،باعتبار أن التحكيم - خلافا للقضاء - طريق اتفاقي لتسوية المنازعات ويتضمن تنازلا عن بعض الضمانات المقررة للتقاضي أمام المحكم ، فيلزم لتوقيع عقد أو اتفاق التحكيم توافر أهلية التصرف في الحقوق التي ستحال على التحكيم (2) .

وما يلاحظ هو أن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 (السالفة الذكر) ، لم تحدد قواعد معينة تمكن من معرفة أهلية الأطراف وإنما تركت ذلك للقانون الواجب التطبيق على الأطراف(3) ، معنى ذلك أنه يمكن رفض تنفيذ قرار التحكيم إذا اثبت الطالب الرافض – أحد أطراف النزاع – أنه كان عند اتفاقه على التحكيم لا يتمتع بالأهلية اللازمة للقيام بذلك التصرف.وذلك طبقا للقانون الواجب التطبيق على أهليته.

أما فيما يتعلق بصحة اتفاق التحكيم (4) ، فلا شك أنه إذا أثبت طالب الرافض للتنفيذ ، أن الاتفاق الخاص بتحكيم المنازعات والذي كان أساسا لإجراء التحكيم باطل ، ففي هذه الحالة على

1- لقد استخدمت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 – المذكورة أعلاه – تعبير " إنعدام الأهلية – incapacité" أطراف الإتفاق ، وهو ما يمكن حمله على أنها تتطلب فعلا وجوب انعدام أهلية كلا الطرفين لرفض تنفيذ القرار التحكيمي ، غير أن رفض التنفيذ يمكن أن يبنى على مجرد نقص أهلية أحد طرفي الإتفاق التحكيمي . (راجع في هذا الصدد : ابراهيم أحمد إبراهيم – التحكيم الدولي الخاص – دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة ، 1997 ، ص 268) .

2- احمد هندي – تنفيذ أحكام المحكمين – دار الجامعة الجديدة ، لسنة 2001 ، ص 31 .

3- إن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، في مادتها الخامسة ، لم تترك المهمة كاملة لقاعدة التنازع التي ينص عليها قانون القاضي ، فقد أشارت إلى أن تقدير هذه الأهلية يخضع للقانون الخاص بالأطراف أي القانون الشخصي لكل طرف من أطراف التحكيم ، ولكن إذا كانت أهلية الأطراف تخضع لقانونهم فإن مهمة تحديد المقصود بهذا القانون مازالت تقع في نطاق قواعد القانون الدولي المعمول بها في دولة القاضي الذي يقع التنفيذ على إقليم دولته .

4 - راجع : نور الدين بكلي – المرجع السابق – ص 18 و أيضا ما سبق ص 3 وما بعدها.

القاضي أن يرفض تنفيذ القرار التحكيمي الذي يستند إلى ذلك الاتفاق(1) ، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري أيضا في المادة 458 مكرر23 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 ، على أنه : "يجوز استئناف القرار الذي يسمح باعتراف أو تنفيذ ، إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناءا على اتفاقية باطلة أو انقضت مدتها " ، مما يفيد أنه إذا لم يكن هناك اتفاق على التحكيم أو كان شرط التحكيم باطلا أو انقضت مدته، فإن ذلك يجعل القرار التحكيمي دون أساس لإصداره، وبالتالي يمكن للمنفذ ضده أن يطلب رفض التنفيذ أو الطعن في قرار الإعتماد والتنفيذ في حالة ما إذا أقر القاضي المختص- قاضي دولة التنفيذ- الاعتراف به وتنفيذه (نفس المادة السابقة).

وقد حددت اتفاقية نيويورك لسنة1958 ، الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها، القانون الذي يتم الرجوع إليه لمعرفة مدى صحة اتفاق التحكيم، فذكرت أن القانون المذكور هو القانون الذي حدده الطرفان لتطبيقه على الاتفاق ، فإذا لم يتفق فالعبرة بقانون البلد الذي صدر فيها القرار.(نفس المادة السابقة من الاتفاقية)(2) .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وحسب المادة 458 مكرر1 من المرسوم التشريعي رقم93-09 فإنه يقتضي لصحة إتفاق التحكيم أن يكون مكتوبا ويستجيب من حيث الموضوع للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفقت عليه الأطراف ، أو القانون المنظم لموضوع النزاع ، لاسيما القانون المطبق على العقد الأساسي ، وإما للقانون الجزائري .

وعلى كل حال ، إذ أثبت الطرف المنفذ ضده أنه كان عند إبرام اتفاق التحكيم لا يتمتع بالأهلية اللازمة للقيام بالتصرف المذكور، وفقا لقانونه الخاص الذي يطبق لتحديد أهليته ، أو أن اتفاق التحكيم كان باطلا طبقا للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، فإنه على القاضي الذي يطلب منه تنفيذ القرار التحكيمي أن يرفض الأمر بالتنفيذ .

1- فوزي محمد سامي - المرجع السابق - ص 390 .

2- ويرى الفقيه أحمد هندي: " أن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها ،جاءت بضابطين للإسناد ، ضابط إسناد رئيسي (قانون الإرادة) بحسب الأصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، فإذا لم يكن الأطراف قد حددوا قانونا يحكم صحة اتفاق التحكيم ، طبق قانون مكان صدور قرار التحكيم ، وبهذا تكون قد أخذت بضابط الإسناد الاحتياطي ، (قانون مكان صدور القرار التحكيمي)". راجع : أحمد هندي - المرجع السابق- ص 36 .

ب-الإخلال بحقوق الدفاع

إن حق الدفاع من الحقوق الأساسية للأطراف والذي يتحصل في ضرورة تمكين الخصم من العلم بما لدى خصمه من ادعاءات وحجج وسندات وتمكينه من مناقشة دفاعه توصلا لدحضها ولإقناع المحكم بإصدار القرار التحكيمي لصالحه (1) .

وقد تناولت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 (الاتفاقية السابقة الذكر) ،هذه الحالة بطريقة أكثر وضوحا حيث نصت في مادتها الخامسة الفقرة الأولى البند - ب - على رفض تنفيذ القرار التحكيمي ، إذا أقام الطرف المطلوب تنفيذ القرار في مواجهته الدليل على أنه : " لم يعلن إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم ، أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه "(2) ، مما يفيد أنه لتنفيذ القرار التحكيمي يقتضي إعلان الأطراف بتعين المحكم المختص بالفصل في نزاعاتهم ، الذي أصدر القرار المذكور ، وإعلامهم بإجراءات التحكيم ، حتى يتمكنوا من تقديم أوجه دفاعهم ، قصد ضمان حقوقهم أمام هيئة التحكيم.

وقد اعتبر المشرع الجزائري مبدأ حضور الأطراف وضرورة تسبيب القرار التحكيمي ، لما يمثلانه من ضمانات ممارسة حقوق الدفاع شرطا يجب مراعاته من طرف هيئة التحكيم ، والإخلال به تكون نتيجته رفض تنفيذ القرار التحكيمي أو محلا للطعن بالاستئناف للقرار الذي يقضي بالاعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي (المادة 458 مكرر 23 الفقرة و ، ز) .

ج- تجاوز القرار لاتفاق الأطراف

إذا كان اتفاق التحكيم هو الأساس الذي يستمد منه المحكم اختصاصه ، فيجب أن يتقيد به ويلتزم حدوده ، فلا يجوز أن يتضمن قرار التحكيم الذي أصدره المحكم المختص موضوعا أو مسائل لم ترد في اتفاق التحكيم الذي تم بين الأطراف ، ومثل هذا الأمر يعتبر تجاوزا لسلطة المحكم أو الهيئة التحكيمية في نظر النزاع . كما أنه ليس للمحكم الحق في إصدار حكم أو قرار في مسألة لم تعرض

1- أحمد هندي – المرجع السابق – ص 38 .

2- راجع رأي الفقيه عصام الدين القصبي في هذه المادة :
عصام الدين القصبي – المرجع السابق – ص 75 .

عليه ، وحسمها وذلك بسبب عدم اتفاق الأطراف على ذلك(1). وتقضي المادة الخامسة الفقـــرة الأولى البند -ج- من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، بجواز رفض تنفيذ القرار التحكيمي ، إذا أقام الخصـــم – الذي جرى التنفيذ في مواجهته- الدليل على أن الحكم أو القرار فصل في نزاع غـــير وارد في مشـــارطة التحكيم أو في شرط التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضي به (2) .

كما تم تأكيد المشرع الجزائري على ضرورة احترام هيئة التحكيم للمهمة المسندة إليها وحظـــر عليـــها الفصل في المسائل التي لم يشملها اتفاق التحكيم،أو أن تفصل بأزيد مما عهد إليها بموجب اتفاق التحكيم. فالحكم بما لم يطلبه الأطراف أو بأكثر منه أو حتى تمسك باختصاصها أو بعدم اختصاصها بموجب اتفـــاق التحكيم ، يعد من الأسباب التي من أجلها يمكن للقاضي رفض تنفيذ قـــرار التحكيـــم (المـــادة 458 مكرر23 الفقرة أ . د) .

غير أن الملاحظ على المشرع الجزائري قد أضاف حالة أخرى لرفض تنفيذ القرار التحكيمي (3)، وهـــي حالة إغفال المحكمة التحكيمية عن الفصل في بعض الطلبات (المادة 458 مكرر23 الفقرة هـــ) ، أي إذا ما تبين للقاضي أن هناك نقص في القرار التحكيمي لعدم فصل المحكمة التحكيمية في وجه من وجـــوه طلبات الأطراف .

يرى الفقيه أحمد هندي: " أن إغفال الفصل في إحدى النقاط التي يشملها اتفاق التحكيم ، لا يقـــوم كسبب لرفض تنفيذ القرار التحكيمي ، كما أنه يمكن الرجوع للمحكم للفصل فيما أغفله ، خاصـــة إذا كان اتفاق التحكيم أو القانون المتفق الاطراف على تطبيقه ، يعطي للمحكم فرصة الفصل فيما أغفلـــه ، أو كانت مهلة التحكيم لم تنقضي بعد "(4).

كما أن المشرع الجزائري بموجب المادة 458 مكرر12 من المرسوم التشريعي رقـــم 93-09 ، قد أجاز لمحكمة التحكيم إصدار قرارات أو أحكام جزئية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن اتفاقيـــة نيويورك لسنة 1958، التي صادقت عليها الجزائر (المادة الخامسة، الفقرة الأولى البند -ج- من الاتفاقية

1- غير أنه إذا تضمن القرار التحكيمي بعض المسائل التي لم يتفق على حسمها بالتحكيم إلى جانب مسائل أخرى جرى الإتفاق على إخضاعها للتحكيم ففي هذه الحالة يصار إلى تجزئة القرار التحكيمي حيث يمكن للقاضي أن يرفض الجزء الذي لم يتم إخضاعه للتحكيم ، و يأمر بتنفيذ الجزء الأخر.
(راجع : فوزي محمد سامي – المرجع السابق- ص 392 ، وأيضا: عصام الدين القصبي – المرجع السابق – ص 89) .

2- غير أن اتفاقية نيويورك 1958 ، تجيز التنفيذ الجزئي للقرار التحكيمي ، وفي حالة ما إذا كانت أحكام القرار التحكيمي التي لها صلة بالقضايا المعروضة على التحكيم يمكن فصلها عن الأحكام التي لها صلة بالقضايا غير المعروضة على التحكيم ، فإن الأولى يمكن أن تنفذ ، وإن كان ذلك يرجع إلى السلطة التقديرية للمحكمة المطلوب فيها التنفيذ . (راجع : فوزي محمد سامي – المرجع السابق- ص 392).

3- بخلاف اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها .

4- احمد هندي – المرجع السابق- ص 42.

المذكورة) أجازت إمكانية التنفيذ الجزئي لقرار تحكيمي تجاوزت فيه هيئة التحكيم في بعض من حدود اختصاصها ووفقا للسلطة التقديرية للمحكمة المطلوب فيها التنفيذ ، فإنه الأجدر أن تترك هذه السلطة لمحكمة التنفيذ في تقدير ما إذا كان القرار التحكيمي الذي أغفلت هيئة التحكيم الفصل في إحدى النقاط التي يشملها اتفاق التحكيم ، قابلا للتنفيذ ، لا سيما وأنه قد تكون هناك إمكانية لرجوع المحكم للفصل فيما أغفله(1).

د- عدم صحة تشكيل محكمة التحكيم وإجراءات التحكيم

لقد نصت المادة الخامسة الفقرة الأولى البند -د- من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، على أنه إذا أثبت المنفذ ضده أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم مخالفة لما اتفق عليه الأطراف ، أو قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق ، فإن القاضي -دولة التنفيذ- يرفض تنفيذ قرار التحكيم أو الاعتراف به .

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 458 مكرر23 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 ، على أنه إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعين المحكم مخالفين للقانون يكون ذلك من بين الحالات التي يقبل فيها دعوى الاستئناف قرار القاضي الذي يسمح بالاعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي ، كما أنه يمكن أن يكون محل طعن بالبطلان وفق ما تستلزمه المادة 458 مكرر26 (من نفس المرسوم التشريعي) ، وبمفهوم المخالفة لا يجوز للقاضي الاعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي في حالة ما إذا تم تشكيل محكمة التحكيم أو تعين المحكم بخلاف القانون الواجب التطبيق بصدد هذه المسألة(2).

وعلى الرغم من أن المادة 458 مكرر6 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 جاءت لتحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للإجراءات ، إلا أن المشرع الجزائري (المرسوم السالف الذكر) لم ينص صراحة على أن مخالفة الإجراءات التحكيمية تعد سببا لرفض تنفيذ القرار التحكيمي ، واكتفى فقط بضرورة مراعاة الهيئة التحكيمية لمبدأ حضور الأطراف .

1- راجع : عصام الدين القصبي المرجع السابق ص 91 .

2- حيث نص المشرع الجزائري بتنظيم كيفية تشكيل هيئة التحكيم ، وتحديد شروط لتعيينهم و شروط عزلهم او استبدالهم ، بموجب المادة 458 مكرر 2 من المرسوم التشريعي رقم 93 – 09 ، و هذا على خلاف اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ، التي لم تضع قواعد تنظيم وتشكيل المحكمة التحكيمية ، واكتفت بضرورة عدم مخالفتها للإجراءات المتفق عليها من طرف الأطراف ، أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم (المادة المذكورة أعلاه) .

غير أنه وعلى اعتبار أن الجزائر قد صادقت على اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، والتي أصبحت جزءا من التشريع الوطني ، فإنه يجوز للمنفذ ضده إذا أثبت عدم سلامة إجراءات التحكيم ومخالفتها لما اتفق عليه أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم أن يدفع بعدم الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي أمام قاضي دولة التنفيذ. وعليه يقتضي لتنفيذ قرار التحكيم ، أن تكون إجراءات التحكيم - ابتداء من تنظيم هيئة التحكيم حتى صدور القرار- وشروط تشكيل المحكمة التحكيمية صحيحة ، وهذا وفق اتفاق الأطراف أو قانون دولة التحكيم ، وإن كانت إرادة الأطراف لا تحدد عادة فيما يتعلق بشروط تشكيل هيئة التحكيم بل هي تحيل إلى نظام تحكيمي أو قانون تحكيمي ، وهنا يصبح ذلك النظام أو هذا القانون هو إرادة الطرفين وتعتبر مخالفته في تشكيل هيئة التحكيم مخالفة لإرادة الطرفين(1).

وعليه نخلص إلى القول بأنه يجب احترام إرادة الطرفين فيما يتعلق بتعيين المحكمين وتشكيل هيئة التحكيم فإذا ثبت أن تعيين المحكم أو تشكيل الهيئة التحكيمية كان بخلاف ما اتفق عليه الأطراف ، فلا ينفذ القرار (المحكم - او الهيئة التحكيمية -) إذا طلب ذلك المنفذ ضده.

أما إذا حدث أن الأطراف لم تتفق على كيفية تشكيل الهيئة التحكيمية أو القواعد التي تتبع في ذلك فإن القانون الذي ينظمها هو قانون الدولة التي تم فيها التحكيم، وذلك حتى لا يفتح الباب للدفع ببطلان التحكيم والاعتراض على تنفيذ القرار التحكيمي من طرف الأطراف.

و- عدم اكتساب القرار صفة الإلزام

لقد نصت المادة الخامسة الفقرة الأولى البند _ هـ_ من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 أيضا(2) ، على أنه يمكن رفض تنفيذ القرار التحكيمي بناءا على طلب من صدر ضده القرار إذا قدم دليلا على إبطاله أو أوقف تنفيذه من السلطات المختصة في البلد الذي صدر فيه القرار المذكور، أو طبقا للقانون الذي صدر بموجبه .

معنى هذا أنه إذا صدر قرار من السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه قرار التحكيم أو طبقا للقانون الذي صدر بموجبه ، يقضي بأن القرار التحكيم لم يكتسب الصفة الإجبارية "obligatoire" للخصوم أو تم إبطاله ، أو أوقف تنفيذه ، فإنه يمكن رفض تنفيذه من طرف قاضي دولة التنفيذ بناءا على طلب المحكوم ضده بذلك القرار على أن يقدم هذا الطرف دليلا على ذلك .

1- احمد هندي – المرجع السابق – ص 48 .

2- والتي نصها كالتالي : " ان القرار لم يكتسب الصفة الاجبارية للأطراف إذا ألغته أو علقت العمل به السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه أو صدر حسب قانونه ".

والملاحظ على هذه الاتفاقية السابقة أنها استعملت عبارة "أن القرار لم يكتسب الصفة الإجبارية" ، ممـــا يفيد أن القرار لم يصبح ملزما للخصوم (1) .

ويرى الفقيه أحمد هندي: " أن هذه الاتفاقية لم تستعمل عبارة أن يكون القـــرار نهائيـــا (défintif) ومردها الأساسي من ذلك هو تجنب الازدواج في الأمر بالتنفيذ (le double exequatur) .

حيث كان يشترط – في ظل اتفاقية جنيف لعام 1927 ، الخاصة بتنفيذ أحكـــام أو قرارات التحـــكيم – أن يحصل طالب التنفيذ على أمر بالتنفيذ من دولة الإصدار أو الأصل – لأنها نهائية القـــرار تســـتلزم صدور أمر بتنفيذه من السلطة المختصة في دولة الإصدار – ثم يحصل على أمر آخر بالتنفيذ ، وبموجـــب اتفاقية نيويورك لسنة 1958 هذه أصبح قرار التحكيم يصدر في بلد المنشأ أو الأصل ، ويأتي مباشـرة إلى بلد التنفيذ غير مكتس بصيغة أمر التنفيذ ، ويكتفي أن يطلب تنفيذه في دولة التنفيذ"(2).

كما أنه يجوز حسب اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، رفض تنفيذ القرار التحكيمي ، إذا ألغتـه أو أوقفته السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيها أو السلطة المختصة في البلد الذي صدر القرار التحكيمـي بموجب قانونه ، فهذا القرار يفقد صفة الإلزام بالنسبة للأطراف ، وبالتالي لا يمكن تنفيذه في البلد الـــذي صدر فيه أو البلد الذي صدر بموجب قانونه ، ومن ثم لا يعقل أن يكون واجب التنفيذ في مكان آخـــر لأنه لم يعد قائما أساسا ويجب على من صدر ضده أن يقدم دليلا على ذلك لطلب رفض تنفيذه .

غير أن هذه السلطة المنوط بها تقرير بطلان القرار التحكيم أو وقف تنفيذه على هذا النحو من شأنها الحـد دون تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي ، لذا فإن القاضي لن يأخذ في الاعتبار البطلان أو وقف التنفيذ الصـــادر من سلطة تابعة لدولة أخرى غير تلك المحددة صراحة في نص المادة الخامسة الفقرة الأولى البند – هـــ – من الاتفاقية المذكورة(3).

كما أنه قد يحدث وأن السلطة المختصة في دولة الأصل – في البلد الـــتي صـــدر فيـــها القـــرار التحكيمي أو الدولة التي بموجب قانونها صدر القرار المذكور – لم توقف قرار التحكيم و لم تلغيه ، وإنمـــا قدم إليها فقط طلبا بذلك، فإنه في هذه الحالة يكون للسلطة المختصة في دولة التنفيذ ، أن توقف الفصـــل في طلب تنفيذ قرار التحكيم إذا وجدت مبررا لذلك ، وهذا حسب ما أكدته المـــادة 6 مـــن اتفاقيـــة نيويورك لسنة 1958 التي تنص على أنه: " إذا طلبت من السلطة المختصة المذكور في المـــادة – 5– الفقرة الأولى البند– هـــ – إلغاء القرار أو تعليق العمل به ، كان للسلطة التي يستشهد بالقرار أمامها أن

1- و هذا ما أشار إليه الفقيه فوزي محمد سامي ، أنظر: مرجعه السابق ، ص 393 .

2- احمد هندي – المرجع السابق – ص 52 .

3- عصام الدين القصبي – المرجع السابق – ص 96 .

ترجئ البث في تنفيذ القرار متى رأت ذلك مناسبا ، ولها أيضا بناءا على التماس من الطرف الذي يطلب تنفيذ القرار أن تأمر الطرف الآخر بتقديم ضمانات لائقة ".

ويرى الفقيه أحمد هندي: "أن هذه المادة السابقة لم تحدد شروطا معينة تتقيد بمقتضاها السلطة المطلوب منها تنفيذ القرار – في دولة التنفيذ – في إصدار قرارها بوقف تنفيذ قرار المحكم .

ولكن حماية لطالب التنفيذ ، لم ترتب الاتفاقية المذكورة على مجرد تقديم طلب إبطال قرار التحكيم في دولة الأصل لوقف التنفيذ ، لأن ذلك لا يعد من حالات رفض التنفيذ ، وإنما تركت تقدير ملائمة ذلك للسلطة المختصة في دولة التنفيذ ، ومن شأن ذلك أن يمثل عائقا أمام الطرف الذي لا يهدف إلا إلى عرقلة أو تأخير التنفيذ ، وإذا أمرت بالوقف جاز لطالب التنفيذ أن يطلب الحكم على الخصم بتقديم ضمانات".

غير أن هذه الاتفاقية وبموجب المادة السادسة تكون قد فتحت الباب على مصراعيه لإمكانية عرقلة أو تأخير تنفيذ القرار التحكيمي برفع الطرف الخاسر طلبا إلى السلطة المختصة في دولة الأصل – التي أصدر القرار التحكيمي أو التي صادر بموجب قانونها القرار المذكور – يقضي بتوقيف قرار التحكيم أو إلغائه ، لذا حاولت التخفيف من ذلك – مادتها السادسة – حيث جعلت وقف التنفيذ هنا مرهونا بوجود مبررات "متى رأت ذلك مناسبا " ووفق السلطة التقديرية لسلطة مختصة – الجهة القضائية المختصة في دولة التنفيذ- وإن كان كل هذا لا يمنع القضاء (1)من إجازة تنفيذ قرار التحكيم ، وعدم الأخذ بطلب الطرف الخاسر لإرجاء التنفيذ.

---

1 - فقد انتهت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 1997/10/23 إلى رفض طلب وقف التنفيذ قرار التحكيم الصادر في الخارج لأنه قد قدم طلب بإلغائه أمام السلطة مصدرة ذلك القرار حيث رأت المحكمة أن المادة 1502 ، من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل سنة 1981 ، لم تنص على هذه الحالة ، بالإضافة إلى أن ظروف الدعوى لا تبرر وقف التنفيذ ، و لم تر المحكمة في ذلك مخالفة لنصوص اتفاقية نيويورك لسنة 1958، التي أجيز في مادتها السابعة أية تسهيلات إضافية لتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية ، سواء جاءت تلك التسهيلات في قوانين وطنية أو اتفاقيات دولية ، كما أن تلك الاتفاقية (اتفاقية نيويورك لسنة 1958) قررت في مادتها الثالثة أن إجراءات تنفيذ القرار أو الحكم الأجنبي تخضع للقانون الوطني لدولة التنفيذ .

وانتهت المحكمة إلى استنتاج أن القاضي لا يمكنه رفض تنفيذ قرار التحكيم الدولي طالما أن قانونه يسمح بذلك. الحكم منشور في مؤلف: أحمد هندي – تنفيذ قرارات المحكمين- لسنة 2001 ص 59، وأيضا في نفس المعنى نقض مدني فرنسي الصادر في 09/10/ 1974 ، دالوز - dalloz – لسنة 1974 ص 101 . وكذلك حكم محكمة باريس الصادر في 1991/12/19 – مجلة التحكيم – لسنة 1993 ص 300.

ثانيا: حالات رفض الجهات القضائية لتنفيذ قرار التحكيم

لقد نصت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، الخاصة باعتماد القـرارات التحكيميـة وتنفيذهـا والمرسوم التشريعي رقم 93-09، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية ،على حالات يجـوز فيـها للسلطة المختصة في البلد المراد تنفيذ القرار التحكيم فيه أن ترفض التنفيذ من تلقاء نفسها ودون حاجـة لدفع الأطراف لإثباتها ، هذه الحالات التي تعد بمثابة شروط للقرار التحكيمي يجب مراعاتها عند إصـدار القرار المذكور وهي كالتالي :

أ-عدم قابلية موضوع النـزاع للتحكيم

لقد ورد في نص المادة 5 الفقرة الثانية البند- أ - من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، أن للسلطة المختصة في بلد التنفيذ أن ترفض تنفيذ قرار التحكيم، إذا تبين لها أن قانون ذلك البلد - بلد التنفيـذ - لا يجيز تسوية النـزاع المعروض عن طريق التحكيم .

فإذا كان قرار التحكيم يتضمن الفصل في موضوع نزاع يتكون من مسائل لا يجوز تسويتها بـالتحكيم طبقا لقانون دولة التنفيذ ، فإنه يرفض تنفيذه(1).

فالقابلية للتحكيم ليست شرطا لصحة اتفاق التحكيم فقط ، وإنما تعتبر كذلك شرطا لتنفيذ قرار التحكيم ولا يمكن الفصل بين الأمرين(2).

وقد حددت المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 93 - 09 ،الحالات التي لا يجوز فيها التحكيم وهي :

"الالتزام بالنفقة ، وحقوق الإرث ، والمتعلقة بالمسكن والملبس والمتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشـخاص وأهليتهم ".

وهذا بعدما نصت على نطاق واسع لموضوعات التحكيم بقولها: " تشمل الحقوق التي له مطلق التصـرف فيها".

1- أحمد عبد الفتاح الشلناني " التحكيم في عقود التجارة الدولية "مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة العاشرة ،العدد الرابع لسنة 1966 ص 21 .

2- أحمد هندي - المرجع السابق - ص 64.

وعليه يمكن القول أنه إذا كان قرار التحكيم قد صدر بصدد نزاع لا يجوز فيه التحكيم ، وفقا لقـــانون دولة التنفيذ ، فإن تنفيذه من طرف المحكمة المختصة بالتنفيذ، يلقى بالرفض لأنه لا يمكن تصـــور تنفيـــذ قرارات أو أحكام في دولة التنفيذ ترفض هي أصلا حلها عن طريق التحكيم(1).

ب–مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام

سبق وأن تعرضنا إلى فكرة النظام العام(2) عند بحثنا في الاعتراف بالقرار التحكيمي أمام محكمـة التنفيذ ، غير أن أهميتها تبرز أيضا في مسألة تنفيذ القرار المذكور .
لذا فقد نصت المادة الخامسة الفقرة 2 البند ـ ب ـ من اتفاقية نيويورك سنة 1958، علىإمكانية رفـض تنفيذ القرار التحكيمي ، إذا كان ذلك القرار مخالفا للنظام العام في بلد التنفيذ.
كما تم تأكيد المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر 23 الفقرة ـج- من المرسوم التشريعي رقـم 93 – 09 ، على ضرورة احترام النظام العام الدولي للاعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه،وإن كـــانت فكرة النظام العام هي فكرة صعبة التحديد وتقوم على الاسس الاجتماعيـــة والسياســية والاقتصاديـة والأخلاقية التي تحقق المصلحة الجوهرية في المجتمع .وعلى غرار إتسامها بالمرونة والتشعب ، لذا توصـــف بالخطيرة ، فإن من شأنها أن تحد من فعالية النظام التحكيم ، وتوسع من مجال القضاء ، كما أنهـــا تقـــف عثرة أمام تنفيذ قرارات التحكيم خاصة في المجال الدولي ، لـــذا يقتضـــي أن تراعـــي عنـــد اســتعمالها خصوصيات المعاملات التجارية الدولية الخاصة وحاجياتها ،لا سيما وأن ذلك قد يمكـــن مـــن فعاليـة القرارات التحكيم التي توصل إليها المحكمون المتخصصين ، والقضاء على التحكيم عمليا(3).
وعليه يقتضي من القاضي الوطني في استعماله أو اللجوء إليه بقدر الحاجة فقط عندمـــا يتعلـــق بمصـــالح جوهرية الجديرة بالحماية ومعرضة للخطر .

1- غير أنه تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، جعلت مسألة قابلية النـــزاع للتحكيم يخضع إلى قانون دولة التنفيذ ، وأنه لا يـهم ، أن قرار التحكيم قد صادر في مسألة لا تجوز التحكيم فيها طبقا لقانون الدولة التي أصدرت القرار أو القانون الذي بموجبه تم إصدار القرار ، فيكفـــي أنه قد صدر في نزاع تجيزه قانون دولة التنفيذ فضه عن طريق التحكيم ، غير أن إصداره من دولة لا تجيز التحكيم في النـــزاع الذي يتضمنـــه القـــرار التحكيمي من شانه أن يرفض تنفيذه ، إذا ما تقدم الطرف الخاسر بطلب إلى السلطة المختصة في دولة إصداره يقضي فيه بإلغاله (وفقـــا للمـــادة 5 الفقرة الأولى البند – هـــ – من اتفاقية نيويورك لسنة 1958)، التي قد تستجيب إلى طلبه ، لهذا تحاول الاتفاقيات الدوليـــة وحـــق التشـــريعات الداخلية التضييق من دائرة الموضوعات غير القابلة للتحكيم . راجع: أحمد هندي – المرجع السابق – ص 64 وما بعدها .

2- راجع بحثنا ص 103 وما بعدها .

3- عصام الدين القصبي – المرجع السابق – ص 110.

ج-شرط المعاملة بالمثل في تنفيذ قرار التحكيم

إذا كانت الحالات السابقة و التي أوردها اتفاقية نيويورك سنة 1958 ، تمثل شروط سلبية لتنفيذ القرارات الاجنبية ، حيث أنه لا يمكن لأي قاضي وطني في دولة متعاقدة أن يرفض تنفيذ قرار التحكيم ، خارج تلك الحالات – فهي وردت على سبيل الحصر –(1)فإن بعض الدول قد تشترط المعاملة بالمثل لتنفيذ القرارات التحكيمية ، وإن كانت اتفاقية نيويورك سنة 1958 لم تحصر مجال تطبيقها في الدول المتعاقدة ، وأجازت لكافة الدول تطبيق أحكامها سواء كانت أطرافا في الاتفاقية أم لا ، فقد أعطت أيضا للدول(2) عند التصديق أو الانضمام إليها ، أن تأخذ بتحفظ المعاملة بالمثل (المادة الاولى الفقرة 3 من الاتفاقية المذكورة) ، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نصت المادة الاولى من المرسوم رقم 88 – 233 (3)على أنه: "تنظم الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية –بتحفظ–الى اتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الامم المتحدة بنيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 ، والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها" .

ومقتضى مبدأ المعاملة بالمثل أنه لا يجوز تنفيذ القرار الاجنبي ، إلا إذا كانت الدولة التي صدر باسمها القرار تقبل تنفيذ القرار أو الأحكام الوطنية ، ويراد هذا المبدأ ،أو الشرط التبادل أن يكون للأحكام والقرارات الاجنبية في الداخل ذات القيمة التي تكون للأحكام الوطنية في البلد الذي أصدرت محاكمه –أوهيئات تحكيمية– الحكم أو القرار الأجنبي المراد تنفيذه في الداخل(4).

ويجب مراعاة أن شرط التبادل إنما هو شرط إضافي للشروط المنصوص عليها في اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، حتى يمكن تنفيذ القرارات الاجنبية في دولة التنفيذ ،فهو لا يشمل تلك الشروط ، إذ هي تشكل الحد الأدنى لما يجب توافره في قرار التحكيم الأجنبي ، ويجب على القاضي أن يتحقق من وجودها حتى ولو لم تكن الدولة الأجنبية التي تتطلب كافة هذه الشروط عند تنفيذ أحكام أو قرارات التحكيم الوطنية(5).

لذا يتعين على أطراف التحكيم احترام هذه الشروط التي أوردها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، حتى تلقى قرارها التنفيذ.

1- منير عبد المجيد " التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي " منشأة المعارف ، سنة 1997، ص 300 .

2-لقد أخذت بعض الدول بهذا التحفظ كالولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا ، في حين مصر لم تعلن عن تحفظها عند انضمامها إلى هذه الإتفاقية

راجع في هذا الصدد: أحمد هندي – المصدر السابق – ص 75 .

3- المرسوم رقم 88 – 233 ، المورخ في 1988/11/05 ، ج ر ، عدد 48 .

4-عز الدين عبد الله "القانون الدولي الخاص" الجزء الثاني ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ،سنة 1986، ص 888 .

5- عز الدين عبد الله – المصدر السابق – ص 891 وما بعدها .

الفرع الثاني : إجراءات تنفيذ قرارات المحكمين

لقد نصت المادة 3 الفقرة الأولى من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه: " تقر كل من الدول المتعاقدة بقرار التحكيم وتوافق على تنفيذ هذا القرار طبقا للقواعد الإجرائية المتبعة في التراب الذي يستهدف فيه القرار ..." ، مما يفيد أن هذه الاتفاقية أسندت إجراءات تنفيذ قرارات المحكمين لقانون دولة التنفيذ .

1 - تنفيذ قرار التحكيم وفقا لإجراءات دولة التنفيذ

لقد أخضعت اتفاقية نيويورك لسنة 158 - بموجب المادة السالفة الذكر - تنفيذ قرارات المحكمين إلى القواعد الإجرائية للدولة التي يراد فيها تنفيذ تلك القرارات . فالإتفاقية -السابقة- لم تضع إجراءات معينة لتنفيذ قرارات التحكيم ، وإنما تركت ذلك صراحة لما تقرره قواعد الإجراءات لتنفيذ الأحكام والقرارات الأجنبية لدولة التنفيذ .

ويرى الفقيه أحمد هندي: " أنها - اتفاقية نيويورك لسنة 1958 - أحسن ما فعلت ، لأن القيام بغير ذلك ، سيثير مشاكل عديدة، فمفهومها -قواعد الإجراءات لتنفيذ الأحكام أو القرارات الأجنبية - لن يكون واحدا في كل الدول،التي ستوقع على هذه الاتفاقية نتيجة اختلاف الأنظمة القانونية "(1).

وعليه فقد منحت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، لكل دولة حرية تنفيذ قرارات المحكمين وفق ما تقرره قواعدها الخاصة، والمتبعة في تنفيذ أحكام أو قرارات التحكيم الأجنبية . والمشرع الجزائري كغيره ، اهتم بتنظيم تنفيذ قرارات التحكيم التجاري الدولي ، حيث خصص القسم الثالث من المرسوم التشريعي رقم 93 - 09 ،للإعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم الدولي وتنفيذها الجبري وطرق الطعن فيها ، مما يفيد أن تنفيذ تلك القرارات التحكيمية في الجزائر ستخضع لا محال إلى التشريع الوطني لا سيما المرسوم السالف الذكر ، الذي جاء ليتمم ويعدل قانون الإجراءات المدنية الجزائري .

2 - ضرورة إيداع القرار التحكيمي لدى الجهة القضائية المختصة بأمر التنفيذ

لقد نصت المادة 458 مكرر 19 من المرسوم التشريعي رقم 93 - 09 ، على ضرورة إيداع القرار التحكيمي المراد تنفيذه ، مرفقا باتفاقية التحكيم لدى الجهة القضائية المختصة بتنفيذ ذلك القرار .

---

1 - أحمد هندي - المرجع السابق - ص 65 وما بعدها .

وقد سبق وأن درسنا إيداع القرار التحكيمي لدى الجهة القضائية المختصة بالاعتراف بالقرار التحكيمي(1)وهي جهة الإيداع نفسها الذي تقرر فيه الجهة القضائية المختصة الامر بالتنفيذ ، غير أننا نؤكد أن المشرع الجزائري أجاز تقديم نسخ من هذه الوثائق – القرار التحكيمي واتفاقية التحكيم – تتوافر فيها شروط لإثبات صحتها.(2)

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد مدة زمنية معينة يجب أن يتم خلالها إيداع القرار التحكيمي لدى الجهة القضائية المختصة بالتنفيذ ، وإنما أجاز حق الإيداع من طرف المحكم أو من الطرف المعني بالتعجيل ، على أن يتحمل أطراف النزاع دون سواهم النفقات المتعلقة بالإيداع (المادة 458 مكرر 19 الفقرة 2 من المرسوم السابق).(3)

3 – إصدار الأمر بالتنفيذ من الجهة القضائية المختصة

لقد نصت المادة 458 مكرر 20 من المرسوم التشريعي رقم 93 – 09 على أنه: " تكون قرارات المحكمين قابلة للتنفيذ بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة بذيل أصل القرار أو بهامشه ، ويتضمن الإذن لكتاب الضبط بتسليم نسخة رسمية منه منهورة بالصيغة التنفيذية" (4)على أن يختص بإصدار الأمر بالتنفيذ رئيس المحكمة التي صدرت في دائرة اختصاصه القرار التحكيم إذا كان مقر محكمة

1- راجع ما سبق ص 107 .

2-حيث يقتضي أن تكون تلك النسخ مصادق عليها من طرف الهيئات المعتمدة .راجع المادة 4 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ،الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها وأيضا ما سبق ص 103 .

3-كما أن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ،وإن كانت قد نصت على ضرورة إيداع القرار التحكيمي لدى الجهة القضائية المختصة بالتنفيذ ، لإصدار الأمر بالتنفيذ ، غير أنها هي أيضا لم تحدد مدة زمنية يجب خلالها إيداع قرار التحكيم ، على اعتبار أن ذلك من مسائل إجراءات التنفيذ التي تخضع لقانون دولة التنفيذ .

4- تنص المادة 325 من ق إ م ج بأنه: " الأحكام الصادرة من جهات قضائية أجنبية ولعقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين عموميين أو موظفين قضاليين أجانب لا تكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضي الجزائرية إلا وفقا لما يقضي بتنفيذه من إحدى جهات القضاء الجزائرية ..."

كما تنص المادة 320 من ق إ م ج بأنه: " كل حكم أو سند لا يكون قابلا للتنفيذ إلا إذا كان ممهورا بالصيغة التنفيذية التالية : الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب الجزائري وينتهي بالصيغة التالية : بعد عبارة أو بناء على ما تقدم :"على جميع أعوان التنفيذ تنفيذ هذا الحكم ... الخ "

" وعلى النواب العامين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه.

" وعلى جميع القادة وضباط القوات العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الإقتضاء إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية ، وبناء عليه وقع هذا الحكم ... "

كما تنص المادة 321 من نفس القانون بأنه :" لكل من صدر لمصلحته حكم قضائي أو بيده سند تنفيذي ، وأراد أن ينفذ بموجبه الحق في الحصول على نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية يطلق عليها بالصيغة التنفيذية هذه النسخة الموقع عليها من الكاتب أو الموظف المختص تحمل العبارة التالية: نسخة مسلمة طبق الأصل للتنفيذ ، ثم يوقع عليها وتختم بخاتم رسمي "

التحكيم في الجزائر ،أو من رئيس محكمة التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم مصدرة القرار المذكــــور في الخارج (المادة 458 مكرر 17 الفقرة –2– من نفس المرسوم) ،غير أنه ينبغي على القاضي المختــــص بإصدار أمر التنفيذ ، أن يتأكد من أن القرار التحكيمي المراد تنفيذه قد استوفى شروط تنفيذه ، بعد إيـداع القرار المذكور والمرفق باتفاقية التحكيم لدى الجهة القضائية المختصة ، وطالما توفرت تلــــك الشــروط لإصدار الأمر بالتنفيذ ، وتحقق القاضي من ذلك ، وجب عليه أن يصدر أمره بالتنفيذ ما لم يكن قد قــدم طلب إلغاء القرار التحكيمي من دولة الأصل أي الدولة التي أصدرت أو الدولة التي أصدر بموجب قانونهـا القرار المذكور (المادة 6 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958) .

وتجدر الإشارة إلى أن القرار التحكيمي الذي منحه القاضي المختص بالأمر بتنفيذه لايمكن أن يحتج به ضد الغير (المادة 458 مكرر 21 من المرسوم السابق) .فلا يعقل أن يواجه القرار التحكيمي أشـــــخاصا لم يكونوا أطرافا في النزاع بموجب القرار التحكيمي الذي أمر بتنفيذه من قبل الجهات القضائية المختصة .

وعليه إذا كان التحكيم يستند في أصله إلى إدارة الأطراف والمحكم وإن كان هذا الأخير يتمتــــع بســــلطة الحسم في النزاعات والمثارة أمامه ، فإنه لا يملك سلطة الأمر لذلك يجب تدخل قضاء الدولة الذي يحتكمر سلطة الأمر . فإذا كان قضاء الدولة لم يتدخل في حسم النزاع أي في إصدار القرار التحكيمـــي ، فمــن اللازم تدخله بصورة لاحقة عن صدور القرار المذكور ،فلا يكفي أن يسمح المشرع بالتحكيم فينظمــــه حتى يتمتع القرار التحكيمي بالقوة التنفيذية ، وإنما يلزم كذلك التحقق من سلامة عمل المحكم واتفــــاق الأطراف وهو ما يتم من خلال إجراء الأمر بالتنفيذ الذي يعتبر ضروريا في كل الأحوال في تنفيذ قــــرار التحكيم بطريقة جبرية(1)،وهذه الأخيرة لا تأتي إلا بعد إمهار القرار المذكور بالصيغة التنفيذيــــة من طرف كاتب الضبط(2) وذلك بعد انتهاء المواعيد المقررة قانونا للطعن(3) في قرار التحكيـــم الذي أصدر بموجبه الأمر بالتنفيذ كما أجاز المشرع الجزائري الطعن في حالة اعتراف الهيئات القضائيـــة بتنفيذ الحكم أو القرار التحكيمي أمام جهات قضائية مختصة ، في حالة ما إذا توفرت الأسباب الكافيـــة لذلك وخلال المواعيد المقررة قانونا .

وهذا ما سنحاول دراسته في الفصل الثاني .

1- أحمد هندي – المرجع السابق- ص 102 .

2- وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 التي صادقت عليها الجزائر قد أوكلت الاختصاص للمحكمة العليا لكل دولة متعاقدة بإضفاء الصيغة التنفيذية (المادة 35 منها) على الأحكام والقرارات التحكيمية التي أصدرها المركز العربي للتحكيم التجاري الذي أنشأته هذه الاتفاقية .

3- تنص المادة 458 مكرر 27 من المرسوم التشريعي رقم 93 – 09 على أن: " الطعون المنصوص عليها في المواد 458 مكرر22 ، 458 مكرر 23 ، 458 مكرر 25 توقف تنفيذ القرار التحكيمي " .

الفصل الثاني : الطعن في القرار التحكيمي

إذا كان القرار التحكيمي هو النتيجة التي تتوصل إليها الهيئة التحكيمية للفصل في النزاع المثار أمامها من قبل الأطراف ، فالطعن(1) هو الوسيلة التي بموجبها يرفض نتيجة ما توصلت إليه هذه الهيئة التحكيمية في إنهاء النزاع المعروض أمامها ، والذي لا يكون إلا بمناسبة قرار تحكيمي أصدر فعلا ، بمعنى آخر لا يمكن الطعن في قرار تحكيمي لم يصدر بعد .

وقد حرصت مختلف الأنظمة القانونية المهتمة بالقرار التحكيمي وخاصة والتحكيم التجاري الدولي عامة بالطعن في قرارات التحكيم ، لا سيما وأنها تحرص على ضرورة احترام وتعزيز ثقة الأطراف فيما تتوصل إليه الهيئة التحكيمية من قرارات ، هذا من جهة ،ومن جهة أخرى فالطعن يعد ضابطا و وسيلة رقابة للتأكد من سلامة ما توصلت إليه الهيئة التحكيمية واحترامها لما هو مسند إليها .

وهذا ما عمدت إليه القواعد التحكيمية المعتمدة لدى المؤسسات التحكيمية حيث أقرت العديد منها إمكانية الطعن في القرار التحكيمي ، و إن كانت تختلف فيما بينها حول كيفية الطعن وإجراءاته . إلى جانب ذلك فالاتفاقيات المهتمة بالتحكيم التجاري عموما أجازت إمكانية الطعن في القرار التحكيمي ، وتركت للتشريعات الداخلية تنظيم كيفية الطعن وممارسته، كاتفاقية نيويورك لسنة 1958، الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها.

وهذا ما سنحاول دراسته في مبحثين، حيث نخصص المبحث الأول : للطعن في قرار التحكيم طبقا للقواعد التحكيمية والاتفاقيات الدولية .

أما المبحث الثاني : للطعن في القرار التحكيمي طبقا للقانون الجزائري .

1- يرى أنصار الطبيعة القضائية للقرار التحكيمي أن الطعن في قرار التحكيم ما هو إلا نتيجة لطبيعته القضائية فهو حكم كغيره من الأحكام القضائية و بالتالي يخضع لما تخضع إليه تلك الأحكام من أوجه الطعن.

المبحث الأول : الطعن في القرار التحكيمي طبقا للقواعد التحكيمية و الاتفاقيات الدولية

لقد اهتمت العديد من المؤسسات التحكيمية بمسألة الطعن في القرار التحكيمي التي تصدره حيث أجازت قواعدها التحكيمية ذلك ، وهذا راجع إلى حرصها على ضرورة احترام سلامة القرار التحكيمي التي تصدره تلك المؤسسات التحكيمية، باتباع الإجراءات الكفيلة بضمان حقوق الأطراف واحترام إرادتهم ، وتطبيق القانون عليهم بصفة سليمة.

كما أقرت العديد من الاتفاقيات الدولية المهتمة بالتحكيم التجاري الدولي أيضا بذلك، لا سيما تلك التي اهتمت خصيصا بالقرار التحكيمي.

المطلب الأول : الطعن في القرار التحكيمي وفقا للقواعد التحكيمية.

لقد أجازت بعض القواعد التحكيمية إمكانية تقديم طلب الطعن في قرار التحكيم الذي أصدرته المؤسسات التحكيمية ، ومثال ذلك : ما جاء في المادة 34 من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري(1)، حيث أجازت للأطراف، أن يطلبوا من رئيس مركز التحكيم إبطال القرار إذا توافر أحد الأسباب التي أوردتها تلك المادة السابقة، ويقوم المكتب (أي مكتب المركز المنصوص على تشكيله في المادة 5 الفقرة 4 منها) بتعيين لجنة مكونة من ثلاثة أشخاص لكي تفصل في ذلك الطلب ، وقد أوردت هذه الاتفاقية في المادة 34 الفقرة 1 منها، على ثلاث حالات بطلب إبطال القرار التحكيمي وهي كالتالي :

1- إذا تجاوزت هيئة التحكيم اختصاصها بشكل ظاهر، مثال ذلك أن تقرر الهيئة أمرا لم يطلبه أحد الخصوم أو أنها نظرت في أمر لم يتفق الطرفان على حسمه بالتحكيم .

2- إذا ثبت بحكم قضائي وجود واقعة جديدة كان من طبيعتها أن تؤثر في القرار التحكيمي تأثيرا جوهريا، بشرط ألا يكون الجهل بها راجعا إلى تقصير طالب الإبطال.

3- في حالة ما إذا وقع تأثير غير مشروع على أحد المحكمين كان له أثر في القرار التحكيمي.

---

1 – اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987 ، وقد كانت الجزائر من بين موقعيها .

وتستلزم هذه الاتفاقية تقديم طلب الإبطال خلال تسعين يوما من تاريخ استلام القرار التحكيمي، في حالة ما إذا كان طلب الإبطال يستند إلى الحالة الأولى.

أما إذا كان الإبطال يستند إلى الحالة الثانية أو الثالثة، فيجب تقديم الطلب خلال ستين يوما، من تاريخ اكتشاف الواقعة في إحدى الحالتين المذكورتين على أن لا يقبل طلب الإبطال بالنسبة لهاتين الحالتين بعد مرور سنة واحدة من صدور القرار التحكيمي (1).

كما أجازت المادة 52 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى(2)، التي أنشأت المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، بإمكانية تقديم طلب إبطال القرار التحكيمي من طرف الأطراف، أمام السكرتير العام في حالة توافر أحد الأسباب التالية :

1 – عيب في تشكيل هيئة التحكيم .

2– تجاوز الهيئة التحكيمية لحدود اختصاصها .

3– رشوة أحد أعضاء الهيئة التحكيمية .

4– عدم احترام الهيئة لقاعدة إجرائية أساسية.

5– خلوّ القرار من التسبيب .

على أن يقدم طلب إلغاء القرار خلال 120 يوما من تاريخ صدوره ، أما إذا كان إلغاء القرار يستند إلى رشوة أحد أعضاء الهيئة التحكيمية فانه يجب أن يقدم الطلب خلال 120 يوما من تاريخ اكتشاف الواقعة، على أن لا يكون ذلك بعد مرور ثلاث سنوات من تاريخ صدور القرار .

كما أجازت هذه الاتفاقية الأخيرة – المادة 51 منها– للأطراف تقديم طلب إعادة النظر في القرار ، بسبب اكتشاف واقعة من شأنها أن تؤثر بشكل قاطع في القرار، على أن تكون هذه الواقعة مجهولة قبل النطق بالقرار، و خلال (90 يوما التالية لاكتشافها، دون أن يتجاوز تقديم الطلب الثلاث السنوات التالية لصدور لقرار(3).

1– غير أن الملاحظ على هذه الاتفاقية – اتفاقية عمان – أنها تلزم الدول الموقعة بعدم رفض تنفيذ القرار التحكيمي ، إلا إذا كان ذلك مخالفا للنظام العام (المادة 35 منها) .

2– راجع مواد هذه الاتفاقية – اتفاقية واشنطن لسنة 1965 – في المرسوم التشريعي رقم 95 – 346 ، المؤرخ في 1995/10/30 .

3– غير أن هذه الاتفاقية – اتفاقية واشنطن – لسنة 1965 – تلزم الأطراف بالقرار التحكيمي ، حيث لا يجوز أن يكون محلا– القرار – لأي طريق من طرق الطعن خلافا لما أوردته هذه الاتفاقية (المادة 53 منها).

غير أن هناك بعض القواعد التحكيمية الدولية التي تعتبر القرار التحكيمي باتا ، و نهائيا لا يجوز الطعن فيــه ، و أســاس ذلك أن قبول الطرفين حسم النــزاع عن طريق التحكيم يعتبر قبولا للقرار التحكيمي الذي يصدر حول النــزاع المذكور (1).

و هذا ما نصت عليه صراحة المادة 4 الفقرة ـ ج ـ من الملحق الثاني للاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدوليــة لضــمان الاستثمار(2)، حيث يكون القرار التحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية نهائيا ، و مــلزما لــلطرفين و لا يجوز استئنافه أو إبطاله أو إعادة النظر فيه من طرف الهيئة التحكيمية، و هذا ما أخــذت به أيضا المادة 4 من ملحق الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية و التي أنشأت محكمة الاستثمار العربي(3).

كمــا أن هــناك بعــض القواعد التحكيمية التي تعتبر القرار التحكيمي نهائيا، نتيجة لوجوب عرض مشروع القرار التحكيمي، قبل إصداره على هيئة خاصة تنص عليها تلك القواعد، و بعد إقرار مشروع القرار يصار إلى توقيعه، و هذا يعني وجود رقابة مسبقة على القرار التحكيمي قبل صدوره(4)، كقواعد غــرفة الــتجارة الدولية، التي تؤكد في المادة 21 منها، على ضرورة عرض مشروع القرار على محكمة التحكــيم - cour d'arbitrage - و لا يصدر القرار التحكيمي ، إلا بعد المصادقة عليه من قبل المحكمة المذكورة (5).

وتضيف المادة 24 الفقرة 1 من قواعد غرفة التجارة الدولية أن قرار التحكيم يعتبر نهائيا(6).

---

1 - فوزي محمد سامي - المرجع السابق - ص406.

2 - راجع مواد هذه الاتفاقية التي تضمنت القواعد التحكيمية ، للهيئة التحكيمية التي أنشأها، في المرسوم الرئاسي رقم 95-345، المؤرخ في 1995/10/30.

3 - في حين هذه الاتفاقية أجازت تقديم طلب إعادة النظر في القرار إذا تضمن تجاوزا خطيرا على حد قولها لقاعدة أساسية في الاتفاقية ، أو في إجراءات التقاضي، أو اكتشاف واقعة حاسمة في الدعوى، على أن يقدم الطلب خلال ستة اشهر من اكتشاف الواقعة و قبل انقضاء خمس سنوات على إصدار القرار التحكيمي (المادة 55 منها) ، راجع هذه الاتفاقية في المرسوم الرئاسي رقم 95 – 306 المؤرخ في 1995/10/07.

4 - فوزي محمد سامي المرجع السابق ص406، و ما بعدها.

5 -Yves Gugon "L'ARBITRAGE" EDITION ECONOMICA ,1995 , P80 .

6 - والملاحظ على قواعد غرفة التجارة الدولية المادة 24 الفقرة 2 منها أنه إذا اتفق الاطراف على إخضاع نزاعهم لتحكيم هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ، فإنهم يلتزمون بتنفيذ القرار التحكيمي دون تأخير ، ويتنازلون عن جميع طرق الطعن التي يمكن أن يتنازلوا عنها ، وهذا في حالة ما إذا اتفق الأطراف على تطبيق قواعد إجرائية تجيز لهما الطعن في القرار التحكيمي أمام الهيئة التحكيمية مصدرة القرار ، أو أمام أية هيئة تحكيمية أخرى تنشأ لهذا الغرض ، أو الطعن في تنفيذ القرار التحكيمي أمام المحاكم الوطنية التي تكون نتيجة تخلف أحد الشروط في القرار التحكيمي ، أي التي يؤسس عليها الاطراف دفوعهم لعدم تنفيذه ، على أساس أن القرار التحكيمي لا يوقع و لا يصدر إلا بعد مصادقة محكمة التحكيم - cour d' arbitrage - على هذا القرار، التي تمارس رقابة مسبقة عليه وقبل إصداره ، لذا يقتضي تنفيذه دون تأخير - راجع نص المادة 24 من قواعد غرفة التجارة الدولية منشور في مجلة محامون، السورية ، السنة53 ، لعام 1988 ، ص 414 .

إن هذه القواعد التحكيمية ، التي تتبعها هيئات التحكيم في إصدار القرار التحكيمي منها من تجيز إمكانية الطعن في قرارات التحكيم التي تصدرها ، وإن كانت تختلف في كيفية الطعن من هيئة إلى أخرى ، ومنها من لا تجيز الطعن في القرار التحكيمي ، لكونها تتبع أسلوب المراجعة المسبقة على قرارات التحكيم قبل إصدارها ، وذلك بعرضها على هيئة خاصة للتصديق عليه، والتأكد من سلامة القرار ، أو لا تجيز الطعن أصلا في القرار التحكيمي لكون قبول الأطراف حسم نزاعاتهم عن طريق التحكيم يعتبر إقرارا بمصداقية القرار التحكيمي والهيئة التي أصدرته ، وبالتالي فهو لا يحتاج إلى إعادة النظر فيه أو طعن فيه .كل هذا لم يمنع الاتفاقيات الدولية من الاهتمام بمسألة الطعن في القرارات التحكيمية ، خاصة وأن هذه الاتفاقيات تلزم الدول المنضمة إليها باحترامها ، في حين أن القواعد التحكيمية لا تلتزم الدول باتباعها .

المطلب الثاني : الطعن في قرار التحكيم طبقا لنصوص الاتفاقيات الدولية

هناك من الاتفاقيات الدولية التي اهتمت بمسألة التحكيم التجاري الدولي ، والتي أوردت بعض نصوصها على إمكانية الطعن في القرارات التحكيمية الصادرة عن الهيئات التحكيمية ، أمام الهيئات القضائية.

وهذا الموقف يجد أساسا له في احترام نصوص التشريعات الوطنية ، التي تذهب غالبيتها إلى إمكانية الطعن في القرار التحكيمي (1)، ومن أهم هذه الاتفاقيات ما يلي :

فلقد نصت اتفاقية جنيف لسنة 1927 ، الخاصة بتنفيذ القرارات التحكيمية في المادة الثانية منها الفقرة – أ – على إمكانية رفض تنفيذ القرار التحكيمي من قبل القاضي المختص الذي يضفي الصيغة التنفيذية على القرار التحكيمي المراد تنفيذه على إقليم الدولة التي ينتمي إليها إذا وجد أن هذا القرار ، كان قد تم إلغاؤه في الدولة التي صدر فيها(2)، مما يفيد أن نص هذه الاتفاقية السابقة تجيز إمكانية الطعن في الحكم أو القرار التحكيمي أمام محاكم الدولة التي صدر فيها ذلك القرار، وعليه فإن كان قد تم إبطال القرار التحكيمي من طرف محاكم الدولة التي أصدر القرار المذكور على إقليمها جاز للقاضي المختص المطلوب تنفيذ القرار التحكيمي فوق إقليمه ، أن يرفض تنفيذه بسبب صدور حكم من محاكم الدولة التي صدر فيها يقضي ببطلانه .

1- فوزي محمد سامي – المرجع السابق – ص 408 .

2 وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية جنيف لسنة 1927، تصبح لاغية بمجرد مصادقة الدولة أو انضمامها إلى اتفاقية نيويورك سنة 1958، المتعلقة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ، حسب نص المادة 7 الفقرة الثانية من هذه الاتفاقية الأخيرة التي تنص على أنه : "يبطل مفعول اتفاقية جنيف المبرمة في سنة 1927 لتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية بين الدول المتعاقدة في ذلك التاريخ إذا ارتبطت هذه الدول بهذه الاتفاقية".

ويلاحظ أن هذه الاتفاقية ، لم تشترط أن يكون القرار التحكيمي قد تم إبطاله في دولة متعاقدة ، أي مصادقة على هذه الاتفاقية، لرفض تنفيذه من طرف القاضي المختص في دولة التنفيذ ،كما أنها لم تشترط أن يكون هذا القاضي الذي رفض تنفيذ القرار التحكيمي على إقليمه ينتمي إلى دولة متعاقدة .

أما بالنسبة لاتفاقية نيويورك لسنة 1958، الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، فقد أوردت المادة الخامسة منها الفقرة – هـ – حكما يقضي بجواز رفض الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي من طرف القاضي المختص في دولة التنفيذ ، إذا ما قدم الطرف المستشهد ضده هذا القرار دليلا على أنه لم يصبح القرار ملزما أو أنه تم إلغاؤه أو أنه تم إيقاف تنفيذه من طرف السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه أو حصل ذلك من طرف السلطة المختصة في البلد الذي كان بموجب قانونه قد تم إصدار القرار(1).

وما يلاحظ على هذه الاتفاقية الأخيرة أنها منحت السلطة المختصة في الدولة التي أصدرت القرار التحكيمي بموجب قانونها حق إبطال القرار التحكيمي ، بالإضافة إلى إمكانية إبطاله أيضا من قبل السلطة المختصة في الدولة التي أصدرت القرار التحكيمي .

وقد ذهبت اتفاقية جنيف سنة 1961 (2) ، إلى ما أخذت به اتفاقية نيويورك لسنة 1958، بموجب مادتها السابعة ، حيث أجازت رفض اعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي ، في حالة ما إذا قدم الطرف المنفذ ضده دليلا على أن القرار قد ألغي أو أوقفته السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه ، أو كان ذلك من طرف الدولة التي صدر القرار التحكيمي بموجب قانونها . مما يمنح هذه الدول إمكانية إلغائه .

غير أن الملاحظ على هذه الاتفاقية – جنيف 1961 – أنها قد اشترطت أن يكون الإبطال قد صدر في الدول المتعاقدة ، أي أن الدولة التي أصدرت القرار التحكيمي أو الدولة التي صدر بموجب قانونها القرار المذكور ،يجب أن تكون بين الدول المنضمة إلى هذه الاتفاقية الأوروبية ، لكي يمكن أن يكون

---

1 – راجع نص المادة 5 الفقرة – هـ – من الاتفاقية المذكورة أعلاه، في المرسوم رقم 88 – 233، المؤرخ في 1988/11/05 ، المتعلق بانظمام الجزائر إلى تفاقية نيويورك سنة 1958، الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ، ج ر، عدد 48 .

2– أبرمت هذه الاتفاقية في جنيف بتاريخ 1961/04/21 وتعرف باسم – الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي – وقد اشترك في إعدادها 22 دولة أوروبية ،منها دول أوروبا الشرقية والغرض منها المساعدة على تطوير التجارة الأوروبية،والقضاء على العقبات التي تعترض طريق تنظيم وتنفيذ التحكيم التجاري الدولي بين دول أوروبا .وقد أبرمت هذه الإتفاقية تحت رعاية اللجنة الإقتصادية لأوروبا التابعة للأمم المتحدة – راجع في هذا الصدد : أحمد عبد الفتاح الشلناني– التحكيم في عقود التجارة الدولية – مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة العاشرة ، العدد الرابع، لسنة 1966 ،ص 13 .

لحكم أو قرار الإبطال الذي صدر من محاكمها أثر للدول المتعاقدة الأخرى التي يراد تنفيذ القرار على إقليمها(1).

ويـــرى الفقيـــه فوزي محمد سامي:" أن أغلب الاتفاقيات الدولية المهتمة بالتحكيم التجاري الدولي تعترف بما يأتي :

1. إقرارها إمكانية الطعن في القرار التحكيمي أمام محاكم الدولة التي صدر فيها القرار التحكيمي ، أو أمام محاكم الدولة التي صدر القرار بموجب قانونها .

2. عدم اهتمامها بطرق الطعن وإجراءاته ، وتركها إلى القوانين الداخلية للدولة المعنية .

3. أن إمكانية إبطال القرار التحكيمي يصدر من محاكم إحدى الدول ، ولا يجوز صدور الحكم بالبطلان من عدة دول .

4. أن أثر الحكم ببطلان القرار التحكيمي بالنسبة للدول الأخرى ، هو بمثابة رفض الاعتراف ورفض لتنفيذ القرار التحكيمي المذكور"(2).

على ضوء كل ما تقدم يمكن القول بأن الطعن في القرار التحكيمي ، كان محل اهتمام في أغلب القواعد التحكيمية الدولية ، مما يفيد إمكانية تقديم طلب إلغاء أو إعادة النظر أو التعديل للقرار التحكيمي ، وهذا راجع إلى حرص الهيئات التحكيمية على فعالية قراراتها التي تصدرها وقابليتها للتنفيذ ، وإن كانت هذه الهيئات تختلف في كيفية تحديد طرق الطعن ، والمواعيد الواجب احترامها ، فمنها من تطبق أساليب المراجعة والتصديق على القرار التحكيمي ، كقواعد غرفة التجارة الدولية قبل التوقيع على إصدار القرار التحكيمي ، ومنها من تجيز إمكانية إعادة النظر والطعن بالإلغاء في القرار التحكيمي أمام الهيئة التحكيمية مصدرة القرار أو هيئة مختصة تشكل لهذا الغرض ، كالقواعد التحكيمية المتبعة لدى المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات ،كل هذا ما لم تتفق الأطراف على تطبيق قواعد غير تلك التي تتبعها الهيئة التحكيمية والتي بموجبها تجيز الطعن وفق قواعدها(3).

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية المهتمة بالتحكيم التجاري الدولي السابقة فهي تقر صراحة بإمكانية الطعن في الحكم أو القرار التحكيمي أمام الجهات القضائية ، مما يفسر حق الدولة في الاعتراض على تنفيذ القرارات التحكيمية ، وهذا دون تحديد طرق الطعن والإجراءات المتبعة في ذلك ، مما يعزز احترامها للتشريعات الوطنية التي تقرر غالبيتها إمكانية الطعن في القرار التحكيمي ، كما أن تحديد

1 – راجع نص الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في 21-4-1961 منشورة في مؤلف عصام الدين القصبي – المرجع السابق ، ص 128 وما بعدها .

2- فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص410 .

3- فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 404 .

طـرق الطعـن وإجـراءاته من طرف الاتفاقيات الدولية ، يثير العديد من المشاكل لاختلاف النظم القانونية التي تتبعها تلك الدول .

المبحث الثاني : الطعن في القرار التحكيمي وفقا للقانون الجزائري

إن التشريع الجزائري الداخلي كغيره من التشريعات الداخلية للدول الأخرى ، قد أجاز الطعن في القرار التحكيمي التجاري الدولي ، بالمرسوم التشريعي رقم 93 – 09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية ، حيث تضمن هذا الأخير مواد تحدد بموجبها طرق الطعن في القرار التحكيمي أمام الجهات القضائية المختصة وخلال المواعيد المقررة قانونا ،كما أورد الأسباب التي يبنى عليها الطعن في القرار .

وعليه نحاول دراسة طرق الطعن في القرار التحكيمي وتحديد الجهات القضائية المختصة التي يرفع إليها طلب الطعن في المواعيد المقررة قانونا ، ثم نتعرض إلى الأسباب التي يتأسس عليها الطاعن في طلبه .

المطلب الأول : طرق الطعن في القرار التحكيمي والجهات القضائية المختصة التي يرفع إليها طلب الطعن .

إن طرق الطعن في الأحكام هي الوسائل التي وضعها القانون في صالح المتقاضين تمكنهم من إعادة النظر في الأحكام الصادرة عليهم ، والقصد من طرق الطعن في الأحكام هو منح الضمانات الكافية للخصوم لحمايتهم من الأخطاء الواردة في الأحكام ، كما أنها تمنح لهم الحق في طلب إعادة النظر(1)، ويكون ذلك أمام الجهات القضائية المختصة وفقا لما قرره القانون .

غير أنه في مجال التحكيم التجاري الدولي ، فإن الطعن في أحكام أو قرارات التحكيم يكون بصدد القرار الصادر عن محاكم دولة التنفيذ ، والقاضي بالاعتراف وتنفيذ تلك القرارات التحكيمية أو عدم تنفيذها . فسلطة القاضي المختص – لدولة التنفيذ – تنحصر في حدود التأكد من خلو الحكم أو القرار التحكيمي من العيوب الإجرائية والتحقق من توافر الشروط الأساسية للقرار التي يتطلبها المشرع . فليس له أن يبحث في موضوع النـزاع أو أن يتطرق إلى بحث مدى وسلامة أو صحة قضاء التحكيم ، أو يبحث في الحكم أو القرار من الناحية الموضوعية ومدى مطابقته للقانون . فإذا تطرق القاضي إلى بحث

1 – الغوثي بن ملحة "القانون القضائي الجزائري " ديوان المطبوعات الجامعية ، الصفحة 351 .

مدى وسلامة أو صحة قضاء التحكيم في الدعوى ، فإنه يكون قد خرج عن حدود ولايته ، لأنه لا يعد هيئة استئنافية في هذا الصدد ، و ليس له إلا أن يأمر بالتنفيذ أو يرفضه(1).

وعليه فإن طلب الطعن في هذا الصدد ينصب على قرار القاضي المختص في دولة التنفيذ الذي يعترف بالقرار التحكيمي ، ويطلب تنفيذه ، أو القرار الذي بموجبه يرفض الإعتراف بالقرار التحكيمي ، و يرفض تنفيذه ،و يقتضي في طلب الطعن أن يكون أمام الجهات القضائية المختصة للنظر فيه.

الفرع الأول : طرق الطعن

لقد جاء المرسوم التشريعي رقم 93 – 09 ، المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي بعدة طرق للطعن في قرار المحاكم المختصة بالتنفيذ والمتعلقة بموضوع الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي ، وهي كالتالي :

أولا : الاستئناف.

إن الاستئناف في الأحكام القضائية هو طريق طعن عادي ، يرمي إلى تقديم الحكم المستأنف إلى جهة قضائية في الدرجة الثانية ، من أجل إعادة النظر فيه ، وإلغائه من جانب الآثار التي ترتبت عليه(2)، على أن يتم رفعه خلال مهلة شهر واحد تبدأ من تاريخ تبليغ الحكم المطعون فيه(3).

والمشرع الجزائري أجاز أيضا إمكانية استئناف قرار القاضي المختص الذي يرفض فيه الإعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي بموجب المادة 458 مكرر 22 (4)، من المرسوم التشريعي رقم 93 – 09، التي تنص على أنه : "يكون القرار الذي يرفض فيه الإعتراف أو التنفيذ قابلا للإستئناف " .

كما أجاز أيضا استئناف القرار الذي يسمح بالاعتراف أو التنفيذ ، على أن لا يكون في هذه الحالة أساس الاستئناف خارجا عن الحالات التي عددها المادة 458 مكرر 23 من نفس المرسوم ، وكما سبقت الإشارة إلى أنه ليس من حق القاضي المختص في دولة التنفيذ أن يتعرض إلى موضوع النزاع التحكيمي ، وإنما يقتصر دوره في التأكد من مدى توافر الشروط اللازمة لقبول أو رفض تنفيذ القرار التحكيمي (5)، ومن ثمة فعليه أن لا يتعرض للموضوع ويفصل فيه من جديد ، وتقتضي المادة 458 مكرر 24 من نفس المرسوم ، بضرورة رفع الاستئناف أمام الجهات القضائية المختصة خلال مدة شهر تبدأ من تاريخ تبليغ الأطراف بقرار القاضي .

1- احمد هندي – المرجع السابق – ص 96 .

2 – الغوثي بن ملحة – المرجع السابق – ص 353 .

3- راجع المادة 102 والمادة 109 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري .

4 – وما يلاحظ على هذه المادة أنها نقلت حرفيا عن المادة 1501 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل سنة 1981

5 – راجع ما سبق من بحثنا ص 110 و 132 .

ثانيا : الطعن بالبطلان .

لقد نصت المادة 458 مكرر 25 الفقرة الأولى (من نفس المرسوم السالف الذكر) ، على أنه : "يمكن أن تكون القرارات التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 23 ".مما تفيد أن المحكمة القضائية المختصة التي قدم لها طلب الطعن بالبطلان لها إمكانية إبطال القرار التحكيمي ، شرط أن يكون القرار التحكيمي صادرا بالجزائر(1) .

بمعنى أن اختصاص المحاكم القضائية الداخلية في إلغاء القرار التحكيمي ، يكون في حالة ما إذا كان القرار التحكيمي صدر داخل الحدود الإقليمية الجزائرية ، ولا يهم فيما إذا كان هذا القرار التحكيمي قد صدر وفقا لقانون الإجراءات المدنية الجزائري ، أو بموجب قانون إجرائي أجنبي اتفق عليه الأطراف أو تم استخلاصه من طرف المحكمة التحكيمية(2).

وعليه فالطعن بالبطلان الذي يجوز فيه للمحكمة المختصة إبطال القرار التحكيمي، يختلف عن الطعن عن طريق الاستئناف ، الذي لا يجوز فيها للمحكمة المختصة إبطال القرار التحكيمي ، و إنما إبطال قرار الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي أو قبوله .

ولقد أضافت المادة 458 مكرر 25 الفقرة الثانية من نفس المرسوم ، أيضا على أنه : " لا يكون الأمر الذي يسمح بتنفيذ هذا القرار التحكيمي قابلا لأي طعن ..." ، مما يفيد أنه لا مجال لأي طعن في القرارات القضائية (3) التي تسمح بتنفيذ القرار التحكيمي ، إلا الاستئناف الذي أوردته المادة 458 مكرر 23 من نفس المرسوم(4)، والتي جاءت بحالات وردت على سبيل الحصر ، وبمقتضاها يمكن للأطراف إستئناف قرار القاضي الذي يسمح فيه بالإ عتراف وتنفيذ قرار التحكيم. في حين جاءت المادة 458 مكرر 22 الفقرة الأخيرة – من نفس المرسوم – تنص على ما يلي :"غير أن الطعن بالبطلان يترتب عليه بقوة القانون وفي حدود تسليم المجلس دعوى الطعن في الأمر الصادر من قاضي التنفيذ أو سحب الدعـــوى من هذا القاضي " ، مما يفـــيد أن إمكانية الطعن بالبطـــلان المقررة قانونا(5) ، تكون

1 – وهذا تماشيا مع ما نصت عليه المادة الخامسة الفقرة هـ من إتفاقية نيويورك سنة 1958 ،خاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها ، والتي صادقت عليها الجزائر .

2– نور الدين تركي – المرجع السابق – ص 131.

3– بما فيهلا الطرق الطعن المنصوص عليها في ق، إ ، م، ج كالمعارضة ، أو التماس إعادة النظر .

4– نور الدين تركي – المرجع السابق – نفس الصفحة المذكورة أعلاه .

5– وهو الطعن بالبطلان المنصوص عليه في المادة 458 مكرر 25 الفقرة الأولى ، أي الطعن ببطلان قرارت التحكيمية الصادرة في الجزائر .

باســـتلام المجلس – الهيئة القضائية المختصة — دعوى البطلان سواء بعد إصدار الأمر بالتنفيذ من القاضي المختـــتص أو قـــبل إصدار هذا الأمر بالتنفيذ أو رفض التنفيذ و هذا ما تفيده عبارة سحب الدعوى من قاضي التنفيذ.

وحسب المادة 458 مكرر 26 الفقرة الأخيرة من المرسوم التشريعي رقم 93-09 ، التي تنص على أنه: "يقبل هذا الطعن — طعن بالبطلان — إبتداء من النطق بالقرار التحكيمي ، و لا يجوز قبول الطعن إذا لم يرفع في الشهر الذي تم فيه التبليغ بالقرار التحكيمي المصرح بقابليته للتنفيذ" ، و هذا يعني أن القرار التحكيمي الصادر في الجزائر يجوز الطعن فيه بالبطلان دون غيره (المادة 458 مكرر 25 من نفس المرسوم) ، أمام الجهات القضائية الجزائرية المختصة، ومن يوم النطق بالقرار التحكيمي من طرف هيئة التحكيم ، على أن لا يتجاوز ميعاد الطعن بالبطلان مدة شهر من يوم التبليغ بالحكم التحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية.

ثالثا : الطعن بالنقض.

إن الطعن بالنقض في الحكم لا يقصد به إعادة النظر في الحكم المطعون فيه أمام المحكمة العليا ، و انما هو يرمي الى النظر فيما إذا كانت المحاكم قد طبقت النصوص و المبادئ القانونية بصفة سليمة في الأحكام الصادرة عنها ، و من ثم فالطعن بالنقض هو طعن يقتصر على مراعاة تطبيق القانون و لا يكون للبث في موضوع النـــزاع(1).

و المشرع الجزائري أجاز إمكانية الطعن بالنقض في مجال التحكيم التجاري الدولي، فقد نصت المادة 458 مكرر 28 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 ، على أنه : " تكون أحكام الجهات القضائية الصادرة بناء على طعن بالبطلان لقرار التحكيم أو بالإستئناف طبقا للمادتين 458 مكرر 22، و 458 مكرر 23 قابلة للطعن بالنقض " و عليه يمكن الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا(2) في القرارات التي تصدرها محاكم الاستئناف و الهيئات القضائية المختصة بالطعن بالبطلان في القرار التحكيمي و بسكوت المشرع الجزائري عن تحديد مدة الطعن بالنقض المقررة بشأن القرار التحكيم ، و بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون الجزائري ، لاسيما المادة 235 ق.إ.م.ج، فإنه يجب أن يكون ميعاد الطعن بالنقض خلال شهرين من تاريخ تبليغ الحكم أو القرار المطعون فيه، بمعنى آخر أنه يستلزم على الطاعن الذي صدر القرار القضائي في غير صالحه أن يرفع الطعن بالنقض خلال شهرين من تاريخ تبليغه بالقرار القضائي

1- الغوثي بن ملحة - المصدر السابق -- ص 354.

2- يرى الفقيه نور الدين تركي أن الجهاز الذي له أن ينظر في الطعن بالنقض هي المحكمة العليا التي تنفرد بهذه السلطة. وهذا رغم عدم إشارة المرسوم التشريعي رقم 93-09 إلى الجهة القضائية المختصة لتقديم الطعن بالنقض أمامها، كما أنه بالرجوع إلى القاعدة العامة وهي كون المحكمة العليا هي صاحبة الاختصاص الأصيل في ذلك. راجع : نور الدين تركي – المرجع السابق – ص 142.

الذي يتضمن تأييد أو رفض الاعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه، أو من تاريخ تبليغه بقرار بطلان القرار التحكيمي في دعوى البطلان .

و ما تجدر الإشارة إليه أن المهلة القانونية المقررة للاستئناف و الطعن بالبطلان توقف تنفيذ القرار التحكيمي إضافة إلي ذلك فإن الطعن المقرر لكلاهما له نفس الأثر الموقف، وهذا حسب المادة 458 مكرر 17 من المرسوم التشريعي 93-09 التي تنص: " يوقف أجل تقديم الطعون المنصوص عليها في المواد 458 مكرر 22 ، 458 مكرر 23 ، 458 مكرر 25 ، تنفيذ القرارات التحكيمية و للطعن المقدم في الأجل أثر موقف كذلك ".

في حين لا يترتب على رفع الطعن بالنقض إيقاف التنفيذ ، إلا إذا تعلق الأمر بحالة الأشخاص أو أهليتهم ، أو في حالة وجود دعوى التزوير الفرعية (المادة 238 من قانون الإجراءات المدنية).

و على ضوء ما تقدم يمكن القول بأن المشر ع الجزائري قد أجاز إستئناف القرارات القضائية التي ترفض الإعتراف بالقرارات التحكيمية وتنفيذها ، في حين أورد شروطا عددتها المادة 458 مكرر 23 (من نفس المرسوم) لإستئناف القرارات القضائية التي تسمح بالإعتراف بالقرارات التحكيمية و تنفيذها ، و لكنه إكتفى بالطعن بالبطلان في قرارات التحكيم التي تصدر في الجزائر دون غيرها ، مستبعدا بذلك طرق الطعن الأخرى المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، كالمعارضة(1)، و التماس إعادة النظر،(2) التي لا تستجيب و طبيعة نزاعات التجارة الدولية و التي يوكل الإختصاص فيها إلي هيئة – هيئة تحكيمية – ينتهي دورها بإصدار القرار التحكيمي ، ولا يمكنها إعادة النظر في نزاع فصلت فيه من قبل، كما أنه ليس للقضاء أن ينظر في نزاع سبق و أن عرض على التحكيم للفصل فيه .

هـــذا في حـــين أقر المشر ع الجزائري إمكانية الطعن بالنقض في جميع القرارات القضائية التي تسمح أو ترفض الإعتراف بالقرار التحكيمي و تنفيذه أو القرار الذي يقضي ببطلان قرار التحكيم.

الفرع الثاني : الجيهات القضائية المختصة بالطعن في قرارات التحكيم

إذا كانت قرارات المحكمين قابلة للتنفيذ في الجزائر، من رئيس المحكمة التي صدرت هذه القرارات التحكيمية في دائرة إختصاصه ، إذا ما كانت هذه القرارات التحكيمية صادرة في الجزائر ، أو من رئيس محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر إصدارها – القرارات التحكيمية – بالخارج ، فإن إستئناف قرار القاضي الذي يسمح أو يرفض فيه الإعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي يكون أمام المجلس القضائي الذي تنتمي

1 - راجع المادتين 98، 101 من قانون الإجراءات المدنية (حق المعارضة).

2- راجع المادتين 194، 200 من قانون الإجراءات المدنية (في التماس إعادة النظر)، وتجدر الإشارة إلى أن المشر ع الجزائري قد أجاز التماس إعادة النظر في قرار التحكيم الداخلي، على أن يكون التماس إعادة النظر بصدد الحالات التي ذكرت على سبيل الحصر في نص المادة 456 ق.إ.م.ج- راجع في هذا الصدد : غوتي بن ملحة – المرجع السابق – ص 388 .

إلى إختصاصه الإقليمي المحكمة التي أصدرت القرار المذكور ، وهذا حسب المادة 458 مكرر 24 من المرسوم التشريعي رقم 93-09، التي تنص على انه :" يرفع الإستئناف المنصوص عليه في المادة 458 مكرر22 و 458 مكرر 23 ، أمام المجلس الذي يتبعه القاضي الذي فصل في النــزاع... "، مما يفيد أن إستئناف القرارات القضائية المتعلقة بالسماح أو رفض الإعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي الصادر في الجزائر يكون أمام المجلس القضائي التي صدر في دائرة إختصاصه هذا القرار التحكيمي، و الذي ينتمي إليه رئيس المحكمة الرافض أو المؤيد للإعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي في قراره.

أما بالنسبة للقرارات التحكيمية التي صدرت في الخارج فيكون الإستئناف أمام المجلس القضائي لمحل التنفيذ و الذي ينتمي إليه رئيس المحكمة الذي سمح بالإعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي أو رفض ذلك .

في حين الطعن بالبطلان المقرر بالنسبة للقرارات التحكيمية الصادرة في الجزائر دون غيرها ، تكون من إختصاص المجلس القضائي الذي صدرت القرارات المذكورة في دائرة إختصاصه ، وهذا حسب المادة 458 مكرر 26 الفقرة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 93-09 ، التي تنص على أنه: " يرفع الطعن بالبطلان المنصوص عليه في المادة 458 مكرر 25 أمام المجلس القضائي الذي صدر القرار التحكيمي في دائرة اختصاصه ... ".

كما أجازت المادة 458 مكرر 28 — من نفس المرسوم التشريعي – الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا(1) بالنسبة لقرارات المجلس القضائي الذي قدمت أمامه دعاوى إستئناف الإعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية أو دعاوى بطلان القرارات التحكيمية .

غير أننا نتساءل عن : مبررات الطعن في القرار التحكيمي ، والتي بموجبها تقبل الهيئة القضائية المختصة طعن الطاعن.

وهذا ما سنحاول دراسته في المطلب الثاني .

المطلب الثاني : مبررات الطعن في القرار التحكيمي

إذا كان المشرع الجزائري يجيز إستئناف القرار الذي يرفض الإعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي ، فإن السماح بالإعتراف أو التنفيذ للقرار المذكور لا يجوز إستئنافه ، إلا إذا كان ذلك بصدد الحالات التي ذكرتها المادة 458 مكرر23 ، من المرسوم التشريعي رقم 93 – 09.

كما أن القرارات التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم التجاري الدولي لا تكون محلا للطعن بالبطلان إلا إذا كانت بصدد الحالات التي عددتها المادة السابقة أعلاه ،وقبل دراسة هذه الحالات التي

1 – راجع ما سبق من بحثنا ص 135 الهامش 2 .

بموجبها تقبل الهيئة القضائية الطعن تجدر الإشارة إلى أن أغلبها يعتبر بمثابة شروط للإعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي في إتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي سبقت دراستها .

لذا نكتفي بالدراسة الوجيزة لها مع إبراز أهميتها في الطعن في القرار التحكيم ، سواء كان ذلك الطعن في قرار الاعتراف و التنفيذ أو قرار بطلان القرار التحكيم الصادر في الجزائر .

حيث جاءت المادة 458 مكرر 23 ، بحالات وردت على سبيل الحصر بموجبها يتأسس طعن الطاعن أمام الهيئة القضائية المختصة، وهي كالتالي:

1ـــ عدم اختصاص محكمة التحكيم :

لقد نصت المادة 458 مكرر23 الفقرة – أ – على أنه إذا تمسكت محكمة التحكيم خطأ بإختصاصها أو بعدم إختصاصها ، فإنه يجوز إستئناف القرار القضائي الذي يسمح القاضي المختص بالإعتراف أو التنفيذ القرار التحكيمي الذي تصدره الهيئة التحكيمية المذكورة أعلاه.

كما أنه يمكن أن يكون القرار التحكيمي المذكور ، محل طعن بالبطلان ، إذا تم إصداره بالجزائر (المادة 458 مكرر 25 من نفس المرسوم). وعلى إعتبار أن الهيئة التحكيمية تستمد أساسها للفصل في النـــزاعات المعروضة عليها بقرارات تحكيمية ، من إتفاق الأطراف ، فإنه لا يجوز لهيئة تحكيمية غير مختصة إصدار قرارات تحكيمية يلتزم الأطراف بـــتـــنفيذها . فعدم إختصاص المحكمة التحكيمية ، حتى و إن كانت قد تمسكت خطأ بإختصاصها يفقدها الحق في إصدار قرارات تحكيمية ، و النظر في النـــزاع أصلا .

كما أن مبدأ حرية الأطراف في الإتفاق على تعيين المحكم أو الهيئة التحكيمية ، المختص للنظر في نزاعاتهم ، له ما يبرره في رفض الطاعن لقرار التحكيم الذي يصدره المحكم غير المختص أو النظر أصلا في النـــزاع .

2ـــ عدم وجود أو بطلان أو انقضاء اتفاق التحكيم :

تنص المادة 458 مكرر 23 الفقرة – ب – من المرسوم التشريعي رقم 93- 09 ، على أنه إذا فصلت محكمة التحكيم بدون إتفاقية تحكيم أو بناء على إتفاقية باطلة أو إنقضت مدتها ،يجوز إستئناف القرار الذي يسمح بالإعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي التي تصدره .

كما يمكن أن يكون القرار المذكور أعلاه ، محل طعن بالبطلان، حسب المادة 458 مكرر25 – من نفس المرسوم – وسواء كان هذا الإتفاق التحكيمي إتخذ شكل شرط أو مشارطة التحكيم ، و بالتالي إذا شابه بطلان أو إنقضت مدته ، أو لم يكن موجودا أصلا ، فإن ذلك من شأنه أن يؤثر في عملية التحكيم

كلها ، و على القرار التحكيمي الذي تصدره تلك الهيئة التحكيمي(1)، وما على القاضي الذي طلب منه تنفيذ القرار التحكيمي ، إلا أن يرفض الاعتراف و التنفيذ (2) ، وهذا لإنعدام الأساس الذي يستند إليه المحكم في إصدار قراراته .

أما إذا سمح بذلك – التنفيذ- فإنه يجوز للطرف الذي طلب منه التنفيذ ، أن يستأنف قرار القاضي الذي أجاز ذلك التنفيذ ، و يمكن حتى الطعن بالبطلان في هذا القرار التحكيمي ، إذا تم إصداره بالجزائر ، أمام الجهة القضائية المختصة – المادة 458 مكرر 26 من نفس المرسوم – .

3 ـــ مخالفة تشكيل المحكمة أو تعين المحكم.

أجازت المادة 458 مكرر 23 الفقرة (ج) من المرسوم التشريعي رقم 93ـــ 09 ، إستئناف قرار القاضي المختص الذي يسمح بإعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي ، إذا كان تشكيل المحكمة التحكيمية أو تعيين المحكم الوحيد مخالفين للقانون .

وهذا العيب يكمن في نتيجة عدم إحترام القواعد التحكيمية أو القانون الذي يحدد الإجراءات المتفق عليها الأطراف في تعيين المحكم أو تشكيل المحكمة التحكيمية(3)، وهذا ما نصت عليه أيضا المادة 5 الفـــــــقرة (ب) و(د) ، من إتفاقية نيويورك سنة 1958 ، التي تجيز للخصم الذي صدر القرار التحكيمي في مواجهته أن يطلب من القاضي المختص رفض الإعتراف به أو تنفيذه ، إذا لم يعلن بتعيين المحكمة أو أن تشكيل المحكمة كان مخالفا لما إتفق عليه الأطراف .

لذا فإمكانية إستئناف قرار القاضي المختص بالإعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي أو طعن ببطلان القرار التحكيمي الصادر في الجزائر أمام الهيئات القضائية الجزائرية له ما يبرره في ضرورة إحترام إرادة الأطراف في تحديد المحكمة التحكيمية التي تفصل في نزاعاتهم .

4 ـــ عدم امتثال محكمة التحكيم للمهمة المسندة إليها :

إن فصل المحكمة التحكيمية لنـــزاعات الأطراف ، دون الإمتثال للمهمة المسندة إليها ــ المادة 458 مكرر 23 الفقرة (د) من المرسوم المذكور سابقا ــ ، يعد أيضا من المبررات التي يستند إليها الطاعن في طعنه أمام الجهات القضائية المختصة . فإذا ما تضمن القرار التحكيمي الذي أصدرته المحكمة التحكيمية ، موضوعا أو مسائل لم يرد في إتفاق التحكيم الذي تم بين الأطراف ، أو تضمن الفصل في

1- راجع في هذا الصدد : نور الدين بكلي – المرجع السابق ص 119 و ما بعدها .

2- فوزي محمد سامي – المرجع السابق – ص 391 .

3- راجع : نور الدين تركي – المرجع السابق – ص137 .

موضـــوع لم يتفق الأطراف على حسمه بالتحكيم فإنه يمكن الطعن فيه(1). وتكمن أهمية هذا المبرر في ضـــرورة إحترام الهيئة التحكيمية لإرادة الأطرف في حل نزاعات معينة دون سواها عن طريق التحكيم ، لذا يتوجب على هذه الهيئة أن لا يتضمن قرارها مسائل تخرج عن حدود إتفاق الأطراف .

كما تضيف المادة 458 مكرر 23 الفقرة (هـــ) من المرسوم التشريعي رقم 93 ـــ09 ، على أنه إذا فصلت محكمة التحكيم زيادة عن المطلوب أو لم تفصل في وجه من أوجه الطلب يكون أيضا مبررا للإستئناف أو الطعن بالبطلان(2).

5 – عدم مراعاة مبدأ عدم الحضور.

لقد جاءت المادة 458 مكرر 23 الفقرة (و) ـــ من المرسوم السالف الذكر ـــ للتأكيد على ضرورة مراعاة مبدأ حضور الأطراف من طرف المحكمة التحكيمية التي أصدرت القرار التحكيمي ، و إلا كان قرار القاضي المختص الذي سمح بالإعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي محلا للإستئناف أمام المجلس القضائي الذي يتبعه .

وإذا كان القرار التحكيمي قد أصدر داخل الجزائر فإنه يمكن أن يكون محلا للطعن فيه بالبطلان أمام المجلس القضائي الذي صدر القرار التحكيمي في دائرة إختصاصه . فهذا المبدأ من شأنه أن يمكن الأطراف من المواجهة(3) ، و معرفة دعاءات ، و مستندات و دفاع كل طرف ، و عدم تمكين أحد الأطراف من الحضور أو عدم إبلاغه بما يجري في حل النـــزاع ، من شأنه أن يعد خرقا لمبدأ المساواة بين أطراف النـــزاع ، وهو مبدأ أساسي في ضمان حقوق المتخاصمين ، لذا يقتضي معاملة الأطراف على قدم المساواة(4).

وعليه يقتضي من المحكمة التحكيمية إحترام مبدأ الحضور حتى تضمن لقرارا‌ها التحكيمية التنفيذ و عدم الطعن فيها.

1- فوزي محمد سامي ـــ المرجع السابق ـــ ص 392 .

2- وحسب راينا انه ليس ثمة ما يبررو جود هده الفقرة في ضل وجود الفقرة - د - من المادة 458 (من المرسوم التشريعي رقم 93-09) ، الـــتي جـــاءت عامة و شاملة لضرورة امتثال المحكمة التحكيمية للمهمة المسندة اليها فتجاوز المحكمة التحكيمية لما هو مناط لها في إتفاق الأطراف او إغفالها عن بعض الطلبات يعد بمثابة تقصير وعدم إمتثالها للمهمة المسندة إليها من طرف الأطراف .

3- أحمد هندي – المرجع السابق – ص 38 .

4- فوزي محمد سامي – المرجع السابق – ص 391 .

6 ـــ ضرورة تسبيب القرار التحكيمي

إن عدم تسبيب المحكمة التحكيمية لقرارها ، و تسبيبها غير الكافي أو التضارب في تسبيبها (المادة 458 مكرر 23 الفقرة ـــ ز ـــ من المرسوم السالف الذكر)، من شأنه أن يؤدي بقرار القاضي المختص الذي سمح بالاعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي إلى إستئنافه من طرف الخصم الذي صدر القرار في غير صالحه .

كما أنه يمكن أن يكون هذا القرار التحكيمي محلا لطعن بالبطلان إذا تم إصداره بالجزائر ، وتكمن أهمية التسبيب في كونه الأساس الذي تستند إليه المحكمة التحكيمية لوصولها إلى القرار التحكيمي الفاصل في النـــزا ع الذي أصدرته(1).

7ـــ عدم مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام

إذا كان الإعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي يتعارض مع النظام العام الدولي(2)، هذا النظام الذي تقوم قواعده على أساس المبادئ الرئيسية و الأسس العامة التي يقوم عليها نظام المجتمع ، سواء في مفهومها أو أهدافها الخلقية أو الإجتماعية أو الإقتصادية ، يمكن أن يكون مبررا لإستئناف قرار القاضي الأمر بالتنفيذ الذي سمح فيه بالاعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي (المادة 458 مكرر 23 من المرسوم التشريعي رقم 93 ـــ 09) ، أو الطعن بالبطلان إذا تم إصدار القرار التحكيمي المذكور أعلاه في الجزائر (المادة 458 مكرر 25 ، من نفس المرسوم) .

ورغم صعوبة تحديده ـــ النظام العام ـــ في تشريعات مختلف الدول ، وحتى الإتفاقيات الدولية ، إلا إنها تقر معظمها على ضرورة إحترامه من طرف المحكمة التحكيمية حتى تحظى قراراتها التحكيمية بالإعتراف و التنفيذ ولا تكون محلا لطعن .

1- راجع بحثنا ص 27 .

2- راجع بحثنا ص 105 .

خلاصة الباب الثاني

إن كانت إرادة الأطراف هي الأساس في التحكيم التجاري الدولي ، فإن أهمية هذا الأخير تكمن في إصدار القرار التحكيمي من طرف الهيئة التحكيمية المختصة ليرتب جملة من الأثار المهمة ، و لتتأكد رغبة الأطراف في الوصول إلى حل لنزاعاتهم خارج سلطة القضاء ، حيث يكتسي هذا القرار حجية الشيء المقضي فيه ، ومن ثمة تكون الحقوق التي قررها ثابتة يجوز أن يتمسك بها ، ليمنع الأطراف من عرض النزاع من جديد على أية جهة قضائية .

ليلتزم الأطراف بتنفيذ القرار التحكيمي الذي صدر في مواجهتهم ، سواء كان ذلك التنفيذ إراديا أو عن طريق تدخل السلطات القضائية لدولة التنفيذ (تنفيذ جبري)، على أن يتم الإعتراف به من طرف هذه الهيئات القضائية و الذي يتأتى بعد إقرار المشرع له ، و إثبات وجود القرار المراد تنفيذه ، و تأكدها من عدم مخالفته للنظام العام ، و بعد إيداعه رفقة إتفاق التحكيم الذي يعد أساسا لإصدار القرار التحكيمي و إتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لتقوم السلطات القضائية في دولة التنفيذ وحسب المرسوم التشريعي رقم 93 ــ 09 ، بإصدار الأمر بالتنفيذ ، وبعد أن تتأكد من إستفاء القرار التحكيمي للشروط الواجب توافرها لتنفيذه ، كصحة إتفاق التحكيم ، وعدم إخلال محكمة التحكيم بحقوق الدفاع ، وصحة تشكيلها ، و ضرورة تسبيبها لقرارها ، وعدم مخالفته للنظام العام الدولي .

غير أن إبطاله من طرف السلطات القضائية في الدولة التي صدر فيها أو من طرف السلطات القضائية للدولة التي صدر بموجب قانونها ، قد يحول دون تنفيذه في دولة التنفيذ .

كل هذا ما لم يقدم الطرف الذي صدر قرار التحكيم في غير صالحه دليلا قانونيا يحول دون ضرورة تنفيذه ، أو تكون دولة التنفيذ متحفظة على تنفيذ القرارات الأجنبية طبقا للأحكام المنظمة لتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في القانون الإتفاقي أو أحكام القانون الداخلي في دولة التنفيذ .

وإصدار الأمر بالتنفيذ من الجهة المختصة ، حيث أودع القرار التحكيمي و إتفاقية التحكيم أو نسخ منها مصادقا عليها من الجهات المختصة ، لا يمنع دون إمكانية للطعن في القرار التحكيم ، فغالبية القواعد التحكيمية و الإتفاقيات الدولية التي عنيت بالتحكيم التجاري الدولي ، أجازت الطعن فيه ، و التي أقرتها التشريعات الداخلية لمختلف الدول ، ومنها التشريع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 93 ــ09 ، المعدل و المتمم لقانون الإجراءات المدنية ، حيث نص هذا المرسوم ، على طرق

الطعن كالإستئناف لقرار القاضي الذي يرفض الإعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي ، أو الذي يسمح بالإعتراف أو التنفيذ ، على أن لا يكون الإستئناف في هذه الحالة الأخيرة مؤسسا بخلاف الحالات التي ذكرتها المادة458 مكرر 23 من نفس المرسوم ، و التي جاءت على سبيل الحصر .

و أيضا أجاز المرسوم التشريعي رقم 93 ـ 09 ، الطعن بالبطلان في القرار التحكيمي الصادر في الجزائر أمام المجلس القضائي الذي صدر القرار التحكيمي في دائرة اختصاصه .

كما أجاز الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا للقرارات القضائية التي أصدر بشأن الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي أو التي تقضي ببطلانه ، على أن يتم الطعن أمام الجهات القضائية المختصة وخلا ل المواعيد المقرر قانونا ، و مؤسسة على الحالات التي عددتها المادة 458 مكرر 23 وهي كالتالي:

إذا ثمة عيب في إختصاص محكمة التحكيم ، أو عدم وجود أو بطلان أو إنقضاء إتفاق التحكيم أو مخالفة تشكيل المحكمة أو تعيين المحكم ، أو عدم إمتثاله ـ المحكمة التحكيمية ـ للمهمة المسندة إليها ، أو عدم مراعتها لمبدأ حضور لما يضمنه من حق المواجهة و العلم بما يجري في حل نزاعاتهم ، أو عدم تسبيب المحكمة التحكيمية للقرارات التي تصدرها ، وعلى أن لا تكون هذه القرارات التحكيمية مخالفة لنظام العام الدولي .

وعلى ضوء ما تقدم يبرز لنا إهتمام المشرع الجزائري بالقرار التحكيمي الذي تصدره المحكمات التحكيمية ، من خلال المرسوم التشريعي رقم 93 ـ 09، المتضمن أحكام التحكيم التجاري الدولي ، و أخذه بالعديد من الأحكام الموضوعية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي ، و بما توصلت إليه الإتفاقيات الدولية في هذا الشأن ، و ما إستقر عليه العمل الدولي في هذا الميدان ، لا سيما وأن هذا المرسوم التشريعي جاء في وقته المناسب سياسيا وإقتصاديا بالنظر للتطورات الحاصلة في الجزائر مؤخرا في هذا الميدان .

الخـــــــــاتـمـــــــــــة

لقـــد عــرف حقيقة التحكيم التجاري الدولي تطورا كبيرا ، سواء على المستوى التشريعي من خــلال الاتفاقــيات الدوليــة و التشريعات الداخلية ، وحتى القواعد التحكيمية، التي عملت على تنظــيم أحكامه ،أو على المستوى العملي من خـــــــلال العدد الهائل من النزاعـــــات التجارية الدولية المعروضة أمام الهيــئات التحكيمية ، حيث أصبح مجتــمـــــع التجارة الدوليــــــــة يــتجه إلــيه لحل منازعاتــــــهم التجاريـــــة الدولية ، أكثر مما يتجه إليه القضاء العادي، و إن كانت المميزات المغرية للتحكيــــم التجاري الدولي، من سرعة الفصل في النزاعات، و تخصص و خــبرة الهيـــــــئات المتخصصة التي تفصل في النزاعـــــات المثارة أمامها ،إلى حرية اتفاق الأطــراف في تحديــــــــد القــانون الواجب التطبــــيق على موضوع النــــــــزاع و الإجراءات، و غيرها لها ما يبرر اتجاه أطراف التجـــارة الدوليـــــة إليه، والاهتمام المتزايد للدول به. لا سيما تلك التي تحاول توفــــير ضمانات تشريعية كافية لجلب المستثمر.

وإن كان التحكيم يجد أساسا له في اتفاق الأطراف على حل نزاعاتهم التجارية الدولية و عرضها عــلى المحكــم للفصــل فيها بقرارات تحكيمية تعمل الأطراف على تنفيذها ، فإن تلك القرارات التحكيمية، تعد الغاية الأساسية أو الجوهرية التي يرمي إليها الأطراف من اتفاق التحكيم المبرم بينهم، لكونهــا تفصل في النــزاعات المثارة و تنهيها . فهي نتيجة و خلاصة ما توصلت إليه هيئة التحكيم، لحل تلك النــزاعات المعروضة عليها .

كمـــا أن فعالـــية نــــــــظام التحكيــم و التسليم بأفضليته تكمن في الاعتراف بتلك القرارات التحكيمية و تنفيذها، لذا أضحى الاهتمام بها شيء منــــــــــــطقي و جديـــرة بالعناية ، لا سيما و أن تلك القرارات التحكيمية يمكن أن تصدر في دولة غير تلك الدولة التي يراد الإعتراف و التنفيذ فيها .

ورغــم التحفضـــات الـــتي كانت تبديها الجزائر في السابق، و معارضتها لنظام التحكيــــــــم الـــتجاري الدولي، الذي كان مــــــرده التوجه الأيديولوجي – الاشتراكية – غير أنه وبعد تبني منهج اقتصاد السوق الذي كانت بوادره في مرحلة صادقت فيها الجـــــزائــــــــر على اتفاقية نــيويـــــورك لسنـــة **1958** ، الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تـــنــفيذها، التي

تعــد من بين أهم الاتفاقيات التي تأخذ الجزائر بها منعطفا جريئا للقبول بالتحكيم التجاري الدولي ، بعدما كانت تمارس حضرا تشريعيا عليه.

فهــذه الاتفاقية – المذكورة أعلاه – الهامة التي أعقبت التغيرات السياسية و الاقتصادية التي عرفتها الجزائر أدى بالمشرع الوطني إلى إدخال عدة تعديلات تشريعية تتماشى مع مضمون هذه الاتفاقية و الاتجــاه الاقتصادي الجديد – اقتصاد السوق– و المرسوم التشريعي رقم **93-09** ، المعدل و المتمم للأمر **66-154** ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، كان من بين أهم ما جاءت به، حيث خصص القســم الثالث منه – المرسوم التشريعي رقم **93-09**- للاعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم الدولي و تنفيذها الجبري و طرق الطعن فيها .

و مما لا يمكن إنكاره أن المشرع الجزائري على مستوى التشريع اهتم بالقرار التحكيمي ، هذا الأخير الذي يعتبر خلاصة ما تم الوصــول إليه من طرف المحكمون في حل النـــزاعات المثارة أمامهم ، و الــذي يجــد أساســـه في إتــفاق الأطراف للجـوء إلى التحكيــم و حرصا على فعالية هذه القــرارات الــتي اختلف في تحديد طبيعتها ، فيما إذا كانت هي امتداد للاتفاق التحكيم المبرم بين الأطــراف ، أو هــي كالأحكــام القضائية ، فإن شروطها و الواجب إستفائها فيها تجعلها في مرتبة الأحكــام التي تصدرها الهيئات القضائية وإن كانت في الأساس هي نتيجة اتفاق الأطراف على حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم .

خلصــنا في نهايــة هذا البحث إلى أن أهم النتائج التي توصلنا إليها ، و هي تتمثل في بعض المسائل القانونية الخاصة .بالتحكيم التجاري الدولي عموما، و القرارات الصادرة عنه بصفة خاصة في ضوء المرسوم التشريعي رقم **93-09** .

فقد تبين لنا بعد تحليل أهم الأحكام القانونية التي تضمنها المرسوم المذكور أعلاه ، و كذلك مقارنة بالاتفاقــيات الدولية السارية في الجزائر و لا سيما اتفاقية نيويورك لسنة **1958**،التي إنظمت إليها الجزائر في سنة **1988** ، النتائج التالية :

1- رغــم اخــتلاف الفقه في تحديد طبيعة القرارات التحكيميه هذه ، بين العقدية لكونها تستند أساســا لاتفاق الأطراف على حل نزاعاتهم التجارية الدولية عن طريق التحكيم ، والطبيعة القضائية لكونهــا تخضــع للإجراءات التنفــيذ المقررة للأحكام القضائيــــة ، فإنــــنا نــرى بأنه وإن كانــت حقيقة تستند إلى اتفاق التحكيم ، غير أنه وبعد إصدارها من الهيئة التحكيمية المختصــة و الأمر بتنفــيذها تتغيــر مـــن طبيعتها لتصبح في مرتبة الأحكام التي تصدرها الهيئات القضائية .

و المشرع الجزائري يميل للأخذ بالطبيعة القضائية ، و إن كان يقتضي ضرورة اتفاق الأطراف للجوء للتحكيم ، كأساس لتنفيذ تلك القرارات التحكيمية ، حيث أخصها بشروط – القرارات التحكيمية

– يقتضيها في الأحكام القضائية ، و يحرص على ضرورة إستفائها في القرارات التحكيمية ، كالتسبيب و ذكر تاريخ إصدارها و توقيعها، و هذا على غرار بعض التشريعات الأخرى، و رغم كل هذا يبقي جوهر أو مضمون القرار التحكيمي ، هو عبارة عن قانون يطبق على النزاع ، و الذي يستند إليه المحكم في إصدار القرار التحكيمي الذي تعمل الأطراف على تنفيذه .

2- و الملاحظ أن المشرع الجزائري ساير غيره ، في التبني مبدأ الإرادة كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق ، غير أنه وفي حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يجيز لهيئة التحكيم ، تطبيق القانون و الأعراف التي تراها ملائمة (المادة **458** مكرر **14** ، من المرسوم التشريعي رقم **93-09**).

و ما يعاب عليه في المادة المشار إليها أعلاه ، أنها تمكن المحكم الحرية الواسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، و التي تجد فيه القرارات التحكيمية مضمونها ، و كان من الأجدر تقييد حرية المحكم أو هيئة التحكيم ، بنص على ضرورة تطبيقه للقانون و الأعراف التي يراها ملائمة و الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع ، في حالة سكوت الأطراف عن تحديد ذلك القانون ، كما هو منصوص عليه في اتفاقية روما لسنة **1980** ، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بموجب مادتها الرابعة ، لا سيما وأن أغلب المحكمون و الهيئات التحكيمية ينتمون إلى الدول المتقدمة و نزاهتهم لا تزال محل شك من طرف الدول النامية ، حيث يسعون لتطبيق قانون الدولة التي ينتمون إليها ، حسب اعتقادهم بأنه ملائم لحل النزاعات المعروضة عليهم .

غير أنه و مما لا يمكن إنكاره أن المشرع الجزائري ، اهتم بالقرار التحكيمي التجاري الدولي ، فقد صادقت الجزائر على أهم اتفاقية (نيويورك سنة **1958**) التي عنت بالقرار التحكيمي التجاري الدولي ، ليعزز من ذلك الإهتمام بموجب المرسوم التشريعي رقم **93-09** حيث جاء تحت عنوان الأحكام العامة لتنظيم التحكيم التجاري الدولي ، و خصص القسم الثالث منه للاعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم التجاري الدولي ، وتنفيذها الجبري و الطعن فيها .

و القرار التحكيمي بعد إصداره يقتضي فيه أن يرتب جملة من الآثار تعمل على ضمان فعالية التحكيم ، و تجسد ما يرتبه و يتضمنه ، و أهم ما يترتب عنه هو الاعتراف ، أي الإقرار بمصداقية القرار التحكيمي ، وفقا لما تقتضيه القوانين و الاتفاقيات الدولية ، و هو عمل يسبق التنفيذ.

3- كما أن هذا القرار التحكيمي لن يكن له قيمة قانونية أو عملية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ ، لذلك حرص المشرع الجزائري على ضرورة تنفيذه ، حيث أورد نصوصا عنيت بذلك ، استمدت من اتفاقية نيويورك لسنة **1958** ، و هذه الأخيرة أوردت شروطا سلبية جاءت في صورة حالات رفض التنفيذ ، وهي عدم صحة اتفاق التحكيم ، و الإخلال بحقوق الدفاع ،أو

تجاوز القرار التحكيمي لاتفاق الأطراف ، و عدم صحة تشكيل محكمة التحكيم ، وإجراءات التحكيم ، و عدم اكتساب القرار صفة الإلزام وعدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم ، و مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام الدولي .

و يقتضي في تنفيذ قرار التحكيم أن يخضع للإجراءات و الأوضاع المقرر في قانون دولة التنفيذ ، و إيداع القرار التحكيمي لدى الجهة القضائية المختصة بالتنفيذ يكون وفق ما يقرره قانون تلك الدولة لإصدار الأمر بالتنفيذ.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه ، أن الجزائر في اتفاقها المبرم مع فرنسا في 1963/06/26، المتعلق بحل المنازعات الخاصة بميدان المحروقات ، جعلت القرارات التحكيمية قابلة لتنفيذ دون الحاجة إلى استفاء إجراءات طلب تنفيذ الأحكام الأجنبية ، و التي تعتبر سابقة فريدة في قبول تنفيذ القرارات التحكيمية ، دون حاجة إلى إستفائها الإجراءات طلب تنفيذ الأحكام و القرارات الأجنبية ، و كان من الأفضل تمكين الهيئات القضائية الجزائرية من مراقبة تلك القرارات التحكيمية ، لا سيما و أن ظروف الجزائر في تلك الفترة صعبة ، و يمكنها أن تفقد بعض مكاسبها الاقتصادية نتيجة ذلك .

كما أجاز المشرع الجزائري إمكانية الطعن في القرار التحكيمي ، أمام الهيئات القضائية الجزائرية ، و إن كانت مبررات الطعن هي بمثابة شروط حرص على احترامها لتنفيذ القرار التحكيمي ، فهي صمام أمان أمام تنفيذ تلك القرارات التحكيمية ، و الطعن فيها .

و في الأخير نلاحظ أن القانون الجزائري حقيقة يمثل نموذجا للقوانين التي عنت بالتحكيم التجاري الدولي، و الذي منح القرارات التحكيمية الدولية الأهمية اللائقة بها ، و وضع إمكانية تنفيذها موضع تنفيذ كفيل بحماية الحقوق المقررة فيها .

و إن كان قد أغفل مسألة حيوية يمكن أن تثار بين الأطراف المتنازعة ، وهي حالة تفسير القرار التحكيمي ، و تصحيح أخطائه المادية أو إكمال النقص فيه وذلك بإنهائه لمهام المحكم بمجرد إصداره لقرار التحكيم ، لذا يقتضي من المشرع الجزائري تدارك هذا في تعديلاته اللاحقة لقانون الإجراءات المدنية .

كما أننا تمنا لو يحاول المشرع الجزائري إيجاد صيغة توفيقية بين ما تتبناه الاتجاهات الحديثة في التحكيم ، و مقتضيات المصالح الوطنية الجوهرية التي تعد من المكتسبات الحيوية الكفيلة بحمايتها ، و اجتناب التقليد في النصوص القانونية الذي يمكن أن يضر بالمصالح الوطنية ، لا سيما و أن ظروفنا الاقتصادية و الاجتماعية ليست في مستوى ظروف الدول المتقدمة التي جاءت بنظام التحكيم، استجابة لمتطلباتها الاقتصادية، كما أن العولمة التي تسعى تلك الدول المتقدمة لفرضها قد تحصد كل ما هو وطني و جدير بالحماية .

أخـــيرا نلاحـــظ بأن المشرع الجزائري خص القرارات التحكيمية الصادرة في الجزائر بإجراءات الطعـــن تخـــتلف عن تلك الصادرة خارج الإقليم الوطني ، و على ضوء القوانين المحدثة، كالمرسوم التشريعي رقم **93-09** ، و اتفاقية نيويورك لسنة **1958** ، نتساءل :

ألم يحـــن الوقـــت في الـــتـــفكير و إنشاء هيئة تحكيمية في الجزائر تعنى بحل النـــزاعات التجارية الدولـــية في حالة اتفاق الأطراف على اختصاصها بموجب قرارات تحكيمية ، لا سيما وأن المعاملات الـــتجارية الدولـــية التي ستقدم عليها الجزائر ، ستعرف تصاعدا كبيرا بعد التسهيلات التي قدمتها للمســـتثمر الأجـــنبي ، و تحرير التجارة الخارجية ، و عقود الشراكة التي أقبلت عليها ، كغيرها من الدول العربية .

الملاحق

الملـــــــحــــــق الأول

المرسوم رقم 88-233 مؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق 5 نوفمبر سنة 1988 يتضمن الانضمام ، بتحفظ ، إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها.

المادة الأولى

1) تطبق هذه الاتفاقية على اعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية التي تصدر في تراب دولة أخرى غير الدولة التي يطلب فيها اعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها، والناشئة عن نزاعات بين اشخاص طبيعيين أو معنويين. كما تطبق على القرارات التحكيمية التي لا تعد قرارات وطنية في الدولة التي يطلب فيها اعتمادها وتنفيذها.

2) المراد " بالقرارات التحكيمية " ليست هي القرارات التي يصدرها حكام يعينون لحالات معينة فحسب، بل هي القرارات التي تصدرها أيضا أجهزة تحكيم دائمة يخضع لها أطراف النزاع.

3) لكل دولة أن تعلن عند إمضاء هذه الاتفاقية أو اعتمادها، أو الانضمام إليها، أو التبليغ بامتداد مفعولها المنصوص عليه في المادة 10، على أساس المعاملة بالمثل ، انها لا تطبق الاتفاقية الا على اعتماد القرارات التي تصدر في تراب دولة أخرى متعاقدة كما يمكنها أن تعلن بانها تقصر تطبيق الاتفاقية على النزاعات الناشئة عن علاقات قانونية تعاقدية كانت ام غير تعاقدية يعتبرها قانونها الوطني علاقات تجارية.

المادة 2

1) تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الاتفاقية المكتوبة التي يلتزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات أو بعض الخلافات التي قامت أو يمكن أن تقوم بينها بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم.

2) المراد " بالاتفاقية الكتابية " هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد او في اتفاق التحكيم الموقع من اطراف أو المتضمن في رسائل أو برقيات متبادلة. .

3) تقوم أية دولة متعاقدة ، يرفع إليها نزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة بإحالة الأطراف على التحكيم ، بناء على طلب أحد الأطراف ، الا إذا لاحظ أن الاتفاقية المذكورة باطلة أو عديمة التأثير أو لا يمكن تطبيقها.

المادة 3

تقر كل دولة من الدول المتعاقدة سلطة أي قرار تحكيمي و توافق على تنفيذ هذا القرار طبقا للقواعد الاجرائية المتبعة في التراب الذي يستهدف فيه القرار، ووفقا للشروط المقررة في المواد الاتية . و لا تفرض لاعتماد القرارات التحكيمية التي تطبق عليها هذه الاتفاقية أو لتنفيذها شروط أشد صرامة بشكل محسوس من الشروط ولا مصاريف قضائية اشد ارتفاعا بشكل محسوس من الشروط و المصاريف المفروضة لإعتماد القرارات التحكيمية الوطنية أو لتنفيذها .

المادة 4

1) يجب على الطرف الذي يطلب الاعتماد و التنفيذ المذكورين في المادة السابقة ، قصد الحصول عليهما أن يرفق طلبه بما يأتي :

أ) النسخة الأصلية المصدقة قانونا من القرار او نسخة من النص الأصلي تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتصديقها

ب) النص الأصلي للاتفاقية المذكورة في المادة 2 أو نسخة منه تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتصديقها .

2) اذا لم يكن القرار أو الاتفاقية المذكوران محررين بلغة البلد الرسمية المستشهد بالقرار فيها ، فانه يتعين على الطرف الذي يطلب اعتماد القرار و تنفيذه ان يقدم ترجمة لتلك الوثيقتين بلغته . ويجب أن يصدق الترجمة مترجم رسمي أو مترجم محلف أو عون دبلوماسي أو قنصلي.

المادة 5

1) لا يرفض اعتماد القرار و تنفيذه بناءا على طلب من طرف المستشهد به ضده الا اذا قدم هذا الطرف الى السلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتماد و التنفيذ فيه الدليل على ما ياتي :

أ) أ ن الاطراف في الاتفاقية المذكورة في المادة 2 كانت بموجب القانون المطبق عليها محكوما عليها بعدم الاهلية ، أو أن الاتفاقية المذكورة غير صالحة بموجب القانون الذي اخضعها الأطراف اليه ، أو أن لم توجد الاشارة الى هذا الصدد ، بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار .

ب) أن الطرف المستشهد بالقرار ضده لم يخبر قانونا بتعيين الحكم أو باجراء التحكيم ، أو تعذر عليه ، لسبب اخر، أن يستخدم وسائله .

ج) أن القرار يشمل خلافا غير مذكور في اتفاق التحكيم أو أنه لا يدخل في عداد التوقعات البند التحكيمي ، أو أنه ينطوي على قرارات تتجاوز حدود اتفاق التحكيم أو البند التحكيمي . غير أنه اذا كانت أحكام القرار التي لها صلة بالقضايا المعروضة على التحكيم يمكن فصلها عن الاحكام التي لها صلة بالقضايا غير المعروضة على التحكيم ، فان الأحكام الأولى يمكن أن تعتمد و تنفذ .

د) أن تشكيل المحكمة التحكيمية أو اجراء التحكيم لم يكن مطابقا لاتفاقية الأطراف ، أو أنه في حالة عدم وجود الاتفاقية ، لم يكن مطابقا لقانون البلد الذي وقع فيه التحكيم .

هـ) أن القرار لم يكتسب صفة الالزامية للأطراف ، أو أنه ألغي ، أو علق العمل به سلطة مختصة في البلد الذي صدر القرار فيه أو صدر حسب قانونه.

2) كذلك يمكن أن ترفض اعتماد قرار تحكيمي و تنفيذه اذا لاحظت السلطة المختصة في البلد الذي طلب فيه الاعتماد و التنفيذ ما يأتي :

أ) ان موضوع الخلاف ، حسب قانون هذا البلد ، ليس من شأنه أن يسوى بطريق التحكيم .

ب) أن اعتماد القرار أو تنفيذه قد يخالف النظام العام في هذا البلد.

المادة 6

اذا طلبت السلطة المختصة المذكورة في المادة 5 الفقرة 1 (هــ) الغاء القرار أو تعليق العمل به ، كان للسلطة التي يستشهد بالقرار أمامها أن ترجيء البث في تنفيد القرار متى رأت ذلك مناسبا ، ولها أيضا ، بناء على التماس من الطرف الذي يطلب تنفيذ القرار، أن تأمر الطرف الأخر بتقديم ضمانات لائقة.

المادة 7

1) لا تطعن احكام هذه الاتفاقية في صحة الاتفاقات المتعددة الاطراف أو الثنائية التي تبرمها الدول المتعاقدة في مجال اعتماد القرارات التحكيمية و تنفيذها ، و لا تحرم أي طرف معني من الحق الذي قد يستظهر به في قرار تحكيمي بالكيفية و بالقدر الدين يقبل هما تشريع البلد الذي يستشهد بالقرار فيه او مواثيقه .

2) يبطل مفعول برتكول جنيف الموقع سنة 1923 و المتعلق ببنود التحكيم ، و اتفاقية جنيف المبرمة سنة 1927 لتنفيد القرارات التحكيمية الاجنبية ، بين الدول المتقاعدة في ذلك التاريخ اذا ارتبطت هذه الدول بهذه الاتفاقية .

المادة 8

1) تبقى هذه الاتفاقية مفتوحة للتوقيع حتى يوم 31 ديسمبر 1958 امام كل دولة عضو في الامم المتحدة ، و كل دولة اخرى هي عضو أو ستغدو عضوا في مؤسسة او عدة مؤسسات متخصصة تابعة للأمم المتحدة ، أو هي طرف في القانون الاساسي لمحكمة العدل الدولية ، أو كل دولة تدعوها الجمعية العامة للأمم المتحدة .

2) يجب المصادقة على هذه الأتفاقية و ايداع وثائق المصادقة عليها لدى الأمانة العامة لمنظمة الأمم المتحدة .

المادة 9

1) يمكن جميع الدول المذكورة في المادة 8 أن تنضم الى هده الاتفاقية.

2) يتم الانضمام عن طريق ايداع وثيقة الإنضمام لدى الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة.

المادة 10

1) يمكن كل دولة أن تعلن ، عند التوقيع أو المصادقة أو الانضمام ، أن هذه الاتفاقية تشمل جميع الأقاليم التي تمثلها على الصعيد الدولي ، أو اقليما واحدا ، أو عدة اقاليم فيها . و يثبت مفعول هذا الاعلان ساعة دخول الاتفاقية حيز التنفيد بالنسبة الى الدولة المذكورة .

2) يتم كل امتداد بعد ذلك من هذا القبيل عن طريق اشعار يوجه الى الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة ، و يثبت مفعوله ابتداء من اليوم التسعين الموالي للتاريخ الذي يتلقى فيه الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة الاشعار ، أو في تاريخ دخول الاتفاقية حيز التنفيد بالنسبة الى الدولة المذكورة اذا كان هذا التاريخ لاحقا .

3) تدرس كل دولة معنية ، فيما يخص الاقاليم التي لا تطبق عليها هذه الاتفاقية عــند توقيعها أو المصادقة عليها أو الانضمام اليها ، امكانية اتخاد التدابير اللازمة لمد الاتفاقية الى تلك الاقاليم بشرط موافقة حكومات هذه الاقاليم عند الاقتضاء عندما تتطلب ذلك دواعي دستورية .

المادة 11

تطبق على الدول الاتحادية أو غير الوحدوية الاحكام الاتية :

أ) تكون التزامات الحكومة الاتحادية هي نفسها التزامات الدول المتعاقدة التي ليست دولا اتحادية فيما يخص بنود هذه الاتفاقية التابعة لاختصاص السلطة الاتحادية التشريعي .

ب) وفيما يخص بنود هذه الاتفاقية التابعة للاختصاص التشريعي في كل دولة من الدول أو المقاطعات المكونة لها ، والتي ملزمة باتخاد التدابير التشريعية ، بموجب النظام التأسيسي للاتحادية ، فان الحكومة الاتحادية تقوم في أقرب وقت ممكن ، و بموافقتها بتبليغ البنود المذكورة الى السلطات المختصة في الدول أو المقاطعات التي تتكون منها الدولة الاتحادية .

ج) تقوم كل دولة اتحادية منظمة الى هذه الاتفاقية ، وبناء على طلب من أية دولة متعاقدة أخرى ينقل اليها عن طريق الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة بارسال عرض عن التشريع و الممارسات المعمول

بها في الاتحادية و الوحدات التي تتكون منها ،و فيما يخص هذا الحكم أو ذاك من أحكام الاتفاقية ، مع

بيان الاجراء الذي نفد به الحكم المذكور عن طريق اجراء تشريعي أو غيره .

المادة 12

1) تدخل هذه الاتفاقية حيز التنفيد في اليوم التسعين الموالي لتاريخ ايداع الوثيقة الثالثة للمصادقة أو الانضمام .

2) و تدخل حيز التنفبد بالنسبة الى كل دولة من الدول التي تصادق على الاتفاقية أو تنضم اليها بعد ايداع الوثيقة الثالثة للمصادقة أو الانضمام في اليوم التسعين لتاريخ ايداع تلك الدولة وثيقة مصادقتها أو انضمامها .

المادة 13

1) لكل دولة متعاقدة ان تلغي هذه الاتفاقية عن طريق اشعار كتابي يرسل الى الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة . ويسري مفعول الالغاء بعد سنة من تاريخ تسلم الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة الاشعار .

2) يمكن كل دولة اصدرت إعلانا او اشعارا وفقا للمادة 10 ان تبلغ الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة في وقت لاحق بأن الاتفاقية ستتوقف عن تطبيقها

3) تبقى هذه الاتفاقية قابلة للتطبيق على القرارات التحكيمية التي شرع في اجراء اعتماد او تنفيذ بصددها قبل دخول الالغاء حيز التنفيذ.

المادة 14

لايجوز لأية دولة متعاقدة أن تستند الى أحكام هذه الاتفاقية لمقاضات دول اخرى متعاقدة الا بقدر ما تلتزم هي بتطبيق هذه الاتفاقية .

المادة 15

يبلغ الأمين العام لمنظمة الامم المتحدة لكل الدول المذكوره في الماده ما يأتي :

أ) التوقعات و المصادقات المذكورة في المادة 8.

ب) الانضمامات المذكورة في المادة 9 .

ج) الاعلانات و الاشعارات المذكورة في المواد 1 و 10 و 11 .

د) التاريخ الذي تدخل فيه هذه الاتفاقيات حيز التنفيذ ، عملا بالمادة 12 .

هـ) الالغاءات و الاشعارات المذكورة في المادة 13 .

المادة 16

1) تودع هذه الاتفاقية التي تعتمد نصوصها الانجليزية والصينية و الاسبانية و الفرنسية و الروسية أيضا في محفوضات منظمة الامم المتحدة .

2) يسلم الامين العام لمنظمة الامم المتحدة نسخة مصدقة مطابقة للأصل هذه الاتفاقية الى الدول المذكورة في المادة 8 .

مرسوم تشريعي رقم 93- 09 مؤرخ في 3 ذي القعدة عام 1413 الموافق 25 ابريل 1993 ، يعدل و يتمم الأمر رقم 66- 154 المؤرخ في 8 يونيو و المتضمن قانون الاجراءات المدنية .

المادة الأولى: تلغى المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية و تستبدل بالأحكام الآتية :

" يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها .

ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة و لا في حقوق الارث و الحقوق المتعلقة بالمسكن و الملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم .

ولا يجوز للأشخاص المعنوين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

المادة 2 : يادرج ضمن الكتاب الثامن من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 و المذكور أعلاه ، فصل رابع ، بعنوان " في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي "

و يتضمن المواد التالية :

القسم الأول

أحكام عامة

المادة 458 مكرر : يعتبر دوليا ، بمفهوم هذا الفصل ، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارة الدولية و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج.

المادة 458 مكرر1 : تسري إتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية و القائمة.

يجب من حيث الشكل ، و تحت طائلة البطلان ، أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي .

تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا إستجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفقت الأطراف على إختياره و إما القانون المنظم لموضوع النزاع ، لا سيما القانون المطبق على العقد الأساسي ، وإما القانون الجزائري .

لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم ، بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح .

القسم الثاني

تنظيم التحكيم الدولي

المادة 458 مكرر 2 : يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع الى نظام تحكيمي تعيين الحكم أوالمحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم .

وفي غياب مثل هذاالتعيين ، و في حالة صعوبة تعيين المحكمين و عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف المعني بالتعجيل أن يقوم بما يأتي :

أ – رفع الأمرامام رئيس المحكمة المختصة ، طبقا للمادة 458 مكرر3، اذا كان التحكيم يجري في الجزائر .

ب – رفع الأمر أمام رئيس محكمة الجزائر ، اذا كان التحكيم يجري في الخارج ، و قرر الأطراف بصدده تطبيق قانون الاجراءات الجزائري .

المادة 458 مكرر3 : الجهة القضائية المختصة المذكورة في المادة 458 مكرر2 الفقرة 2 (أ)

هي المحكمة المحددة في اتفاقية التحكيم و في غياب ذلك ، المحكمة التي حددت هده الاتفاقية مقرمحكمة التحكيم ضمن دائرة اختصاصها ، أو المحكمة مقر إقامة المدعى عليه أو المدعي عليهم في النزاع أو محكمة مقر اقامة المدعى اذا كان المدعى عليه لا يقيم بالجزائر

المادة458 مكرر4 : إذا دعي قاض الى تعيين محكم حسب الشروط المذكورة في المواد السابقة ، فإنه يستجيب لطلب التعيين بموجب أمر يصدر بناء على مجرد عريضة ، الا اذا بينت دراسة موجزة عدم وجود أية اتفاقية تحكيم بين الأطراف .

إذا دعي القاضي الى تعيين محكم مرجح ، وجب أن يكون هذا الأخير من جنسية مخالفة لجنسية الأطراف .

المادة 458 مكرر5 : يمكن رد المحكم :

أ) عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.

ب) عندما يكون سبب الرد المنصوص عليه في نظام التحكيم الذي أعتمده الأطراف قائما .

ج) عندما تسمح الظروف بالارتياب المشروع في استقلاليته ، لا سيما بسبب وجود علاقات اقتصادية أو علاقات مصالح مباشرة او بواسطة شخص اخر مع طرف من الأطراف .

لا يجوز للطرف الذي عين المحكم أو ساهم في تعيينه ، أن يرده الا بسبب يكون قد إطلع عليه بعد هذا التعيين . و يتعين إطلاع محكمة التحكيم و الطرف الأخر حالا بسبب الرد.

وفي حالة النزاع و ما لم تقم الاطراف بتسوية إجراءات الرد ، يفصل القاضي المختص وفقاللمادة 458 مكرر2 بأمر بناء على طلب من الطرف المعني بالتعجيل .

و لا يقبل هذا الأمر أي طريق من طرق الطعن.

المادة 458 مكرر 6 : يمكن اتفاقية التحكيم أن تضبط الإجراء اللازم اتباعه في الهيئة التحكيمية مباشرة أو بناء على نظام تحكيمي .

كما يمكنها إخضاع هذا الإجراء الى قانون الإجراءات الذي تحدده الأطراف فيها .

واذا لم تنص لم تنص الإتفاقية على ذلك ، و لم يحصل اتفاق بين الطرفين ، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراء ، مباشرة أو استنادا الى قانون أو نظام تحكيمي ، كلما تطلبت الحاجة الى ذلك .

المادة 458 مكرر 7 : تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها ، و يجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفاع يتعلق بالموضوع تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بقرار أولي الا اذا كان الدفع بعدم الإختصاص مرتبطابموضوع النزاع .

المادة 458 مكرر 8 : تكون دعوى التحكيم معلقة عندما يرفع أحد الأطراف دعوى امام المحكم أو المحكمين المعينين في إتفاقية التحكيم ،أو عندما يباشر أحد الأطراف إجراء في تأسيس محكمة التحكيم في حالة غياب مثل هذا التعيين .

يكون القاضي غير مختص للفصل في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة .

المادة 458 مكرر 9 : يمكن محكمة التحكيم أن تأمر بتدابير موقتة أو تدابير تحفظية بطلب من أحد الأطراف الا اذا كانت هناك اتفاقية مخالفة .

و اذا لم يخضع المعني بالأمر بمحض ارادته لهذه التدابير جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب مساعدة القاضي المختص . و يطبق هذا الأخير قانونه الخاص .

يمكن محكمة التحكيم أو القاضي أن يخضع التدابير الموقتة أو التدابير التحفظية التي طلب منه إصدار الأمر بها لتقديم الطرف المدعي الضمانات الملائمة.

المادة 458 مكرر 10 : تباشر محكمة التحكيم بنفسها تقديم الأدلة .

المادة 458 مكرر11: إذا كانت مساعدة السلطة القضائية ضرورية لتقديم الأدلة ، أو لتمديد مهمة المحكمين أو لتصحيح الاجراءات أو في حالات أخرى ، جاز لمحكمة التحكيم أو الأطراف المتفقة معها أو الخصم المعني بالتعجيل الدي تأذن له المحكمة أن تطلب بناء على عريضة، مساعدة القاضي المختص وفقا لأحكام المادة 458 مكرر2 ، ويطبق هذا القاضي قانونه الخاص .

المادة 458 مكرر 12 : يجوز لمحكمة التحكيم اصدار قرارات تحكيمية جزئية أو عا إتفق عليه الطرفان الا اذا كانت هناك اتفاقية مخالفة .

المادة 458 مكرر13 : يصدر قرار التحكيم ضمن الإجراء ، وحسب الشكل الذي يتفق عليه الأطراف .

وفي غياب مثل هذه الإتفاقية ، يصدر القرار التحكيمي :

- المحكم الوحيد
- بالأغلبية، عندما تشتمل محكمة التحكيم على عدة محكمين

يكون القرار التحكيمي مكتوبا، مسببا ، معين المكان ، مؤرخا و موقعا .

يمكن المحكم الذي يعوز الأقلية أن يدرج رأيه في القرار التحكيمي .

ويوقع كل محكم القرار التحكيمي . واذا رفض أحدهم توقيعه يشير المحكمون الى هذا الرفض في قرارهم التحكيمي ، و ينتج عن هذا القرار التحكيمي نفس الأثر ، كأنه موقع من جميع المحكمين .

المادة 458 مكرر14: تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الدي إختاره الأطراف ، و في غياب ذلك ، تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعدالقانون و الأعراف التي تراها ملائمة .

المادة 458 مكرر 15 : تفصل محكمة التحكيم كمفوض في الصلح اذا خولتها اتفاقية الأطراف هذه السلطة.

المادة 458 مكرر16: إن القرار التحكيمي الذي يفصل في المنازعة ينهي مهمة محكمة التحكيم .

ويكتسي القرار التحكيمي فور صدوره حجية الشئ المقضي فيه المتعلق بالنزاع الذي فصل فيه.

يؤمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة458 مكرر17 (الفقرة 2) وذلك في غياب التنفيذ الطوعي القرار التحكيمي .

القسم الثالث

في الإعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم الدولي و تنفيذها الجبري وطرق الطعن فيها

المادة 548 مكرر17: يتم الإعتراف في الجزائر بالقرارات التحكيمية الدوليةاذا اثبت المتمسك بها وجودها ، وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

وبنفس الشروط تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر ، من لدن رئيس المحكمة التي صدرت هذه القرارات في دائرة إختصاصها أو من رئيس محكمة محل التنفيذ اذا كان مقرمحكمة التحكيم موجودا خارج تراب الجمهورية .

المادة 458 مكرر18: يثبت وجود قرار تحكيمي بتقديم الأصل مرفقا بإتفاقية التحكيم أو بنسخ من هذه الوثائق ، تتوفر فيهاالشروط المطلوبة لأثبات صحتها .

المادة 458 مكرر 19: يودع الوثائق المذكورة في المادة 458 مكرر18 لدى الجهةالقضائية المختصة أحد المحكمين أو الطرف المعني بالتعجيل

يتحمل النفقات المتعلقة بإيداع العرائض أطراف النزاع .

المادة 458 مكرر 20: تكون قرارات المحكمين قابلة للتنفيذ بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة بذيل أصل القرار أو هامشه ويتضمن الإذن لكاتب الضبط بتسليم نسخة رسمية منه ممهورة بالصيغة التنفيذية.

458 مكرر 21 : لا تحتج بالقرارات التحكيمية على الغير.

المادة 458 مكرر 22: يكون القرار الذي يرفض الإعتراف او التنفيذ قابلا للإستئناف .

المادة 458 مكرر 23: لايجوز إستئناف القرار الذي يسمح بالإعتراف أز التنفيذ الا في الحالات التالية:

أ) اذا تمسكت محكمة التحكيم خطأ بإختصاصها او بعدم اختصاصها .

ب) اذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم او بناء على اتفاقية باطلة او انقضاء مدتها.

ج) اذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفين للقانون .

د) اذا فصلت محكمة التحكيم دون الإمتثال للمهمة المسندة اليها .

هـ) اذا فصلت محكمة التحكيم زيادة عن المطلوب او لم تفصل في وجه من وجوه الطلب .

و) اذا لم يراع مبدأ حضور الأطراف

ز) اذا لم تسبب محكمة التحكيم او لم تسبب بمافيه الكفاية أو اذا وجد تضارب في الأسباب .

ح) اذا كان الإعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي .

المادة 458 مكرر 24 : يرفع الإستئناف ، المنصوص عليه في المادتين 458 مكرر 22 و458 مكرر 23 ، أمام المجلس الذي يتبعه القاضي الذي فصل في النزاع و يمكن تأسيسه خلال شهر ابتداء من تبليغ قرار القاضي .

المادة 458 مكرر 25 : يمكن أن تكون القرارات التحكيمية الصادرة في الجزائر في مجال التحكيم الدولي موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 23 أعلاه .

لا يكون الأمر الذي يسمح بتنفيذ هذا القرار التحكيمي قابلا لأي طعن، غير أن الطعن بالبطلان يترتب عليه ، بقوة القانون ، و في حدود تسلم المجلس الدعوى ، الطعن في الأمر الصادر من قاضي التنفيذ ، أو سحب الدعوى من هذا القاضي .

المادة 458 مكرر 26 : يرفع الطعن بالبطلان ، المنصوص عليه في المادة 458 مكرر 25 امام المجلس القضائي الذي صدر القرار التحكيمي في دائرة إختصاصه، ويقبل هذا الطعن ابتداء من النطق بالقرار التحكيمي، و لا يجوز قبول الطعن اذا لم يرفع في الشهر الذي تم فيه تبليغ القرار التحكيمي المصرح بقابليته للتنفيذ.

المادة 458 مكرر 27 : يوقف أجل تقديم الطعون، المنصوص عليها في المواد 458 مكرر 22 ، 458 مكرر 23 و 458 مكرر 25، تنفيذ الأحكام التحكيمية، وللطعن المقدم في الأجل اثر موقف كذلك.

المادة 458 مكرر 28 : تكون احكام الجهات القضائية ، الصادرة بناء على طعن بالبطلان لقرار تحكيمي أو بالإستئناف طبقا للمادتين 458 مكرر 22 و458 مكرر 23 قابلة اطعن بالنقض.

المادة 3 : ينشر هذا المرسوم التشريعي في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .

حرر بالجزائر في 3 ذي القعدة عام 1413 الموافق 25 أبريل سنة 1993.

علي كافي

قائمة المراجع المعتمد عليها في إعداد الرسالة

1 -المراجع العامة

باللغة العربية

كمال إبراهيم :

التحكيم الاختياري و الإجباري ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، 1991.

محمد إبراهيمي :

الوجيز في الإجراءات المدنية ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر (بدون تاريخ).

أحمد أبو الوفاء :

التحكيم الاختياري و الإجباري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1985.

إبراهيم أحمد إبراهيم :

التحكيم الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، 1997.

الغوتي بن ملحة :

القانون القضائي الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، (بدون تاريخ).

محمد حسنين :

التنفيذ القضائي و توزيع حصيلته في قانون الإجراءات المدنية الجزائري ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، 1986.

سامية راشد :

التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1984.

الطيب زروتي :

القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية ، الجزء الأول ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ، 2000.

عبد الله الشريط :

مشكلة الإيديولوجية و قضايا التنمية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1981.

محمد صبري السعيد :

شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 1993.

نبيل الطمي الخاطر :

التحكيم و التصالح في ضوء الفقه و القضاء و التشريع ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، (بدون تاريخ).

عز الدين عبد الله :

القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1977.

محمد فاروق عبد الحميد :

التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1988.

أحمد عبد الكريم سلامة :

نظرية العقد الدولي الطليق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1989.

منير عبد المجيد :

التنظيم القانوني للتحكيم الدولي الداخلي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1997.

علي علي سليمان :

مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الرابعة ، الجزائر ، 1993.

هشام علي صادق :
القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الرابعة ، الجزائر ، 1995.
دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية ، بيروت ، 1986.
غازي عناية :
إعداد البحث العلمي ، دار الجيل ، الطبعة الأولى ، بيروت ، 1992.
نادية فضيل :
الأوراق التجارية في القانون الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 1998.
عصام الدين القصبي :
النفاذ الدولي لأحكام التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993.
فوزي محمد سامي :
التحكيم التجاري الدولي ، مكتبة دار الثقافة ، الطبعة الثالثة ، عمان ، 1995.
سليمان مرقص :
الوافي في شرح القانون المدني ، مطبعة السلام ، شبرا ، 1987.
عبد الحميد المنشاوي :
التحكيم الدولي و الداخلي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1995.
محند إسعد :
القانون الدولي الخاص الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1986.
أحمد هندي :
تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2001.
كمال اليازجي :
إعداد الأطروحة الجامعية ، دار الجيل ، الطبعة الأولى ، بيروت ، 1986.

باللغة الفرنسية

MOHAMED BEDJAOUI :
POUR UN NOUVEL ORDRE ECONOMIQUE INTERNATIONAL, UNESCO , 1978.
RENE DAVID :
L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATONAL, ECONOMICA , PARIS, 1986.
L'ARBITRAGE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL , ECONOMICA,PARIS, 1982.
LE DROIT COMPARÉ , DROIT D'HIER, DROIT DE DEMAIN , ECONOMICA , PARIS 1982.
YVES GUGON :
L'ARBITRAGE, ECONOMICA, PARIS, 1995.
MOHAND ISSAD:
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ,OPU,ALGER,1986.
JEAN-MICHEL JEEQUET ET PHILIPE-DELEBECQUE :
DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL, DALLOZ, PARIS, 1997.
NOUR-EDDINE TERKI :
L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL EN ALGERIE , OPU, ALGER, 1999.
JEAN ROBERT :
L'ARBITRAGE DROIT INTER, DROIT INTERNATIONAL , DALLOZ , PARIS, 1963.

2-الرسائل و الأطروحات الجامعية

باللغة العربية

نور الدين بكلي :

اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 1994.

نور الدين بن شيخ :

شرط التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 1986.

عمر بلمامي :

الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص ،رسالة ماجستير، جامعة الجزائر ، 1986.

الطيب زروتي :

النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري و المقارن ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، 1991.

عمار معاش :

عقد المفتاح في اليد ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 1986.

باللغة الفرنسية

BELKACEM BOUZANA :

LES CONTENTIEUX DES HYDROCARBURES ENTRE L'ALGERIE ET LES SOCIETES ETRANGERES,OPU, ALGER 1985.

H.BATIFFOL :

LES CONFLITS DES LOIS EN MATIÈRE DES CONTRATS , PARIS, 1938.

MOHAMED MENTALECHETA :

L'ARBITRAGE COMMERCIAL EN DROIT ALGERIEN ,OPU, ALGER, 1982.

3- المحاضرات و المقالات و التعاليق

باللغة العربية

أبو زيد رضوان :

الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مجلة الحقوق و الشريعة ، السنة الأولى ، العدد الأول، الكويت، 1977، و السنة الرابعة ، العدد الثاني 1980 ، و السنة الثانية ، العدد الثاني، 1989.

محمد بجاوي :

العالم الثالث في غرفة التجارة الدولية ، مجلة محامون ، السنة 53، العدد الرابع ، الخامس، السادس ، سوية ، 1988.

بسعي توفيق :

محاضرات في التحكيم التجاري الدولي ، ملقاة على طلبة الماجستير ، معهد الحقوق ، الجزائر ، 1997.

حسن بغدادي :

رأي في القانون الواجب التطبيق في شأن صحة التحكيم ، و قرارات هيئات التحكيم ، و تنفيذها ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة الثلاثون ، العدد الأول ، الثاني ، مصر، جانفي ، مارس 1986.

غريب الجمال :

التحكيم التجاري ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ،العدد الثاني ، مصر ، 1965.

الطيب زروتي :

مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، الجزء 35 رقم 01 ، الجزائر، 1997 .

عارف الزوقري :

أنظمة محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية، مجلة محامون، السنة 53 العدد الرابع، الخامس و السادس، سورية، 1988.

محمد الشدادي :

اتفاقية عمان العربية للتحكيم لسنة 1987، مجلة وثائق المجلس، العدد الثالث، مصر، جانفي 1989.

مفيد شهاب :

التحكيم التجاري في الدول العربية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 41، مصر، 1985.

أحمد عبد الفتاح الشلناني :

التحكيم في عقود التجارة الدولية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة العاشرة، العدد الرابع، مصر، 1966.

مبروكين علي :

محاضرات في التحكيم التجاري الدولي، ملقاة على طلبة الماجستير، معهد الحقوق، الجزائر، 1993.

محمد منطالشعلة :

محاضرات في التحكيم التجاري الدولي، ملقاة على طلبة الماجستير، معهد الحقوق، الجزائر، 1998.

محمد يوسفي :

اتجاهات الاستثمار الدولي و آثارها على سياسة الاندماج الاقتصادي للبلدان المغاربة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، الجزائر، 1992.

باللغة الفرنسية

J. BALISSON :
LE TIERS MONDE DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL, Rev. ARB. 1983.
H. BATIFFOL :
NOTE, CRIT. 1956. P32 et P609.
E. BARTIN :
NOTE, CLUNET, 1964 . P82.
BECHARE .. LALIVE :
NOTE, CRIT. 1976. P705.
M. BEJAOUI – A. MABROUKINE :
LE NOUVEAU DROIT DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL EN ALGERIE, Rev. ARB. 1994.

M. CLAIRE RONDEU - RIVIER .
L'ARBITRAGE (J.cl. Fasc. 220. Droit international commercial), 1986.

Y. DERRAINS :
NOTE, CLUNET, 1990, P1029.

B. GOLDMAN :
ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL (J.cl. fasc.586.1 Droit international), 1989.
ABITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL (J.cl.Fasc.586.3 Droit intern).1989.
NOTE, CRIT, 1967. P553.

M. ISSAD :
DEUX CONVENTIONS BILATERALES POUR LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS EV. A.S.J.E.P 1991.

LES TECHNIQUES JURIDIQUES DANS LES ACCORDS DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE,COLLOGUE INTERNATIONAL , ALGER LE 11/14 OCTOBRE 1976.

L'ARBITRAGE COMMERCIALE EN ALGERIE, SEMINAIRE DE LA CHAMBRE ALGERIENNE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE A L'HOTEL EL-AURASSI, ALGER LE 25 FEVRIER 2001.

H. MATUISKY :
L'INTERNATIONNALISATION DU DROIT FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE, REV.ARB. 1963.

B. OPPETIT :
NOTE, CLUNET, 1972. P 843.
NOTE, CLUNET, 1973.P 62.

G. PEYRARD :
LES SOLUTIONS DE CONFLIT DES LOIS EN ALGERIE, REV.CRIT. 1977.
M. TARARI TANI :
LES REGLES D'ARBITRAGE INTERNATIONAL EN ALGERIE , REV. A.S.J.E.P.1997.
N. TERKI :
L'ARBITRAGE INTERNATIONAL ET L'ENTREPRISE PUBLIQUE ECONOMIQUE EN ALGERIE REV.ARB.1990.

4- القوانين والمراسيم و الأوامر.

- المرسوم رقم 63 -74، المبرم بين الجزائر و فرنسا في 1963/06/26 ، و الصادر بتاريخ 1963/09/17 ، المتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين الدولتين و المتعلق بالمنازعات المتعلقة بميدان المحروقات .
- المرسوم رقم 65-287، الصادر في 1965/11/12، المتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين الجزائر و فرنسا، المتعلق بتسوية المسائل التي تخص التعاون في ميدان المحروقات و التنمية الصناعية بين الدولتين .
- الأمر رقم 66-154، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري .
- الأمر رقم 71- 08 /71- 09/ 71- 10، الصادر في 1971/02/24، المتضمن تأميم جميع الأموال ، الحصص ، الأسهم ، الحقوق و الفوائد العائدة للشركات البترولية الكائنة بالجزائر أو التابعة لها .
- الأمر رقم 75-44، المؤرخ في 17 جوان 1975، المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض المؤسسات.
- الأمر رقم 75-58 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري.
- المرسوم رقم 82-259 ، المؤرخ في 7 أوت 1982 ، المتضمن المصادقة على البرتوكول الخاص بالتعاون الإقتصادي بين الجزائر و فرنسا .
- القانون رقم 82-13، المؤرخ في 28 أوت 1982، المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها .
- القانون رقم 86-13، المعدل و المتمم للقانون رقم 82 13، المؤرخ في 28 أوت 1982، المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها .
- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987، الصادرة بتاريخ 1987/04/14، قرار رقم 80-53، منشور في مجلة وثائق مجلس وزراء العدل العرب، الأمانة العامة، لسنة 1987 .
- المرسوم رقم 88-233، المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 ، المتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، الخاصة بإعتماد و تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية .
- الأمر رقم 90-10 ، الصادر بتاريخ 1990/10/14 ، المتضمن قانون النقد والقرض لسنة 1990 .
- المرسوم الرئاسي رقم 90-319 ، المؤرخ في 17 أكتوبر 1990 ، المتضمن المصادقة على الاتفاق الخاص بتشجيع الإستثمار و ترقية مستوى تنمية الموارد الاقتصادية و القدرات الإنتاجية و تأمينها، المبرم بين الجزائر و الولايات المتحدة الأمريكية .
- المرسوم الرئاسي رقم 91-345 ، المؤرخ في 05 أكتوبر 1991 ، المتضمن المصادقة على الاتفاق المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للإستثمارات بين الجزائر و البلجيكية اللوكسمبورغية .
- المرسوم الرئاسي رقم 91-346 ، المؤرخ في 05 أكتوبر 1991 ، المتضمن المصادقة على الإتفاق المتضمن ترقية و حماية الإستثمارات بين الجزائر و إيطاليا
- المرسوم التشريعي رقم 93-09 ، الصادر في 25 أفريل 1993 ، المعدل و المتمم لقانون الإجراءات المدنية الجزائري .
- المرسوم التشريعي رقم 93-12 ، الصادر في 05 أكتوبر1993 ، المتعلق بترقية الاستثمار .
- المرسوم الرئاسي رقم 94-01 ، المؤرخ في 02 جانفي 1994 ، المتضمن المصادقة على الاتفاق المتعلق بتشجيع و الحماية المتبادلة للإستثمارات بين الجزائر و فرنسا .

- المرســـوم التشـــريعي رقم 94-06 ، المؤرخ في 13 أفريل 1994 ، المتضمن مصادقة الجزائر على إتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين الدول إتحاد المغرب العربي .

- المرســـوم الرئاسي رقم 94-328 ، المؤرخ في 22 أكتوبر 1994 ، المتضمن المصادقة على الإتفاق المتعلق بتشجيع وحماية الإستثمارات المتبادلة بين الجـــزائـــر و رومانيا .

- المرســـوم الرئاســـي رقم 95-88 ، المؤرخ في 25 مارس 1995 ، المتضمن المصادقة على الإتفاق المتعلق بترقية و حماية الإستثمارات بين الجزائر و إسبانيا .

- المرســـوم التشـــريعي رقـــم 95-306 ، المؤرخ في 07 أكتوبر 1995، المتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الد و ل العربية.

- المرسوم الرئاسي رقم 95-345 ، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 ، المتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار

- المرســـوم الرئاســـي رقم 95-346 ، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 ، المتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية تسوية المنـــازعات المتـــعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى .

- فهـــرس الـــرســـالـــة *-*

الباب الثاني : آثار القرار التحكيمي والطعن فيه